الذخيرة البرهانية

المسمّى ذخيرة الفتاوى

في الفقه على المذهب الحنفيّ

تأليف

الإمام العلاّمة برهان الدّين أبي المعالي

محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة

المرغيناني البخاريّ (المتوفّى سنة ٦١٦ هجرية)

تحقيق

د. أبو أحمد العادلي — إبراهيم محمّد إبراهيم سليم

أسامة كمال عبيد — عربي إبراهيم عبد الله

فهيم السّيّد فهيم التحيويّ — صابر يوسف طعيمة

الجزء الثامن

يحتوي على:

الغصب - الوديعة - العارية - الشّركة - الصّيود - الذّبائح - الأضحية - الوقف



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان

Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: الذخيرة البرهانيّة

Title: AḎ-ḎAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهيم السيد فهيم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (15Vols./15Parts)	8208 (١٥ جزء/١٥ مجلد)	**عدد الصفحات**
Size	17 x 24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2019 A.D. - 1440 H.	**سنة الطباعة**
Printed in	**Lebanon** / **لبنان**	**بلد الطباعة**
Edition	1st / **الأولى**	**الطبعة**

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com



ISBN 978-2-7451-9472-5

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الغصب

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة[1] عشر فصلاً:

الأول: في تضمين الغصب

فنقول: الغصب [شرعا][2] أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك، إن كان في يده، أو نقص يده، إن لم يكن في يده[3].

وإنه[4] نوعان: نوع يتعلق به المأثم، وهو ما يقع[5] عن علم، ونوع لا يتعلق به المأثم، وهو ما وقع عن جهل، والضمان يتعلق بهما جميعا؛ لأن الضمان غير[6] الحق، والحق يفوت في الحالين [على][7] نمط واحد وشرطه عند أبي حنيفة

(١) في أ: ثلاثة.
(٢) سقط في م.
(٣) الغصب لغة: مصدر غَصَبَهُ يَغْصِبُهُ بكسر الصاد. ويقال: اغتصبه أيضًا، وغصبه منه، وغصبه عليه بمعنى، والشيء غصب ومغصوب، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظُلْمًا، قاله الجوهري، وابن سيده، وغيرهما من أهل اللغة.
ينظر: المصباح المنير (٢/٦١٣)، الصحاح (١/١٩٤)، المطلع، ص (٢٧٤)، المغرب، ص (٣٤٠).
واصطلاحًا:
عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوّم، على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال.
وقال محمد: الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصبًا.
وعرفه المالكية بأنه: أخذ مال غير منفعة ظلمًا قهرًا لا بخوف قتال.
وعرفه الشافعية بأنه: أخذ مال الغير، على وجه التعدي.
وعرفه الحنابلة بأنه: الاستيلاء على مال الغير، بغير حقٍّ.
ينظر: بدائع الصنائع (٩/٤٤٠٣)، تبيين الحقائق (٥/٢٢٢)، مواهب الجليل (٥/٢٧٤)، حاشية الدسوقي (٣/٤٤٢)، مغني المحتاج (٢/٢٧٥)، المغني (٥/٢٣٨)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٩).
(٤) في م: وهو.
(٥) في م: وقع.
(٦) في م: بخبر.
(٧) سقط في م.

[- رضي الله عنه - وأبي يوسف الآخر][١] كون المأخوذ منقولًا، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - آخرًا حتى إن غصب العقار عند أبي حنيفة، وأبي يوسف الآخر لا ينعقد موجبا للضمان، واستعمال[٢] عبد الغير غصب له حتى لو هلك من ذلك العمل، ضمن المستعمل قيمته علم المستعمل أنه عبد الغير، أو لم يعلم بأن جاء إليه، وقال: أنا حر، فاستعمله، وهذا لما قلنا: إن ضمان الغصب [لا][٣] يختلف بالعلم، وعدم العلم، وهذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه، أما إذا استعمله لا في أمر نفسه، لا يصير غاصبًا.

وقد ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن من قال لعبد الغير: ارتق هذا الشجر، وأنزل المشمش، لتأكله فوقع[٤] من الشجر، ومات، لم يضمن الآمر، ولو قال: أنا، وباقي المسألة بحالها ضمن، وما افترقا إلا أنه في الفصل الأول ما استعمله في أمر نفسه، وفي الفصل الثاني استعمله في أمر نفسه.

وسئل شمس الأئمة عن [من استعمل][٥] عبد الغير، أو جارية الغير، وأبق في حالة الاستعمال، فهو ضامن بمنزلة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب.

ومن استعمل عبدًا مشتركًا بينه، وبين غيره بغير إذن شريكه يصير غاصبًا؛ لغصب نصيب شريكه.

وفي أجناس الناطفي في آخر الجزء[٦] الأول من كتاب الدعوى: أن في استعمال العبد المشترك بغير إذن الشريك روايتان عن محمد - رحمه الله - روى هشام عنه [أنه][٧] يصير غاصبًا [لغصب][٨] نصيب صاحبه، وروى ابن رستم عنه أنه لا يصير غاصبًا.

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: باستعمال.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: إن وقع.
(٥) في أ: يستعمل.
(٦) في م: الجنس.
(٧) سقط في م.

وفي الدابة يصير غاصبًا نصيب صاحبه في الروايتين ركوبًا وحملا، ورد في زماننا من هذا الجنس فتوى [من][١] بعض البلدان وصورته: رجل كان يكسر الحطب، [فجاء غلام رجل، وقال أعطني القدوم، والحطب حتى أكسره أنا، فأبى صاحب الحطب ذلك، فأخذ الغلام القدوم منه، وأخذ الحطب][٢]، وكسر بعضه، وقال: أنت تأخذ حتى أكسر، فأتى [صاحبه بحطب آخر][٣]، فكسره الغلام فضرب بعض المكسور [من الحطب على عين الغلام][٤]، وذهبت عينه فاتفق [بعض][٥] المشايخ [على][٦] أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء؛ [لأن صاحب [الحطب][٧] لم يأمر الغلام بكسر الحطب، ولم يستعمله [فيه][٨]، وإنما فعل ذلك العبد باختياره، فلا يكون على صاحب الحطب شيء][٩].

وسئل أبو بكر عمن وجه جاريته إلى النخاس [ليبيعها][١٠] فبعثتها امرأة النخاس في حاجة فهربت، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: الضمان على امرأة النخاس لا غير، وعلى قولهما: إن شاء ضمن النخاس [أيضا كما][١١] عرف في الأجير المشترك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: جارية جاءت إلى النخاس بغير إذن

---

(٨) سقط في م.
(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: صاحب الحطب.
(٤) في م: على عين الغلام من الحطب.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في م.
(١١) في م: لما.

مولاها، وطلبت [البيع][(١)]، ثم ذهبت، ولا يدري أين ذهبت، وقال النخاس: رددتها على المولى، فالقول قول النخاس، ولا ضمان عليه ومعنى ذلك أن النخاس لم يأخذ الجارية، ومعنى الرد أمره إياها بالذهاب إلى منزل المولى، أما إذا أخذ النخاس الجارية من الطريق، وذهب بها إلى منزل نفسه من غير إذن مولاها لا يصدق.

ركب دابة رجل حال غيبته بغير أمره، ثم نزل عنها، وتركها في مكانها، ذكر في آخر كتاب اللقطة: أن عليه الضمان.

وذكر الناطفي في واقعاته اختلاف الروايات قال ثمة: والصحيح أنه لا يضمن على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لأن غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل.

وعن أبي يوسف في المنتقى أيضا: أنه لا ضمان.

وصورة ما ذكره في المنتقى: رجل قعد على ظهر دابة رجل ولم يحولها[(٢)] عن موضعها فجاء رجل وعقرها[(٣)] فالضمان على الذي عقرها[(٤)] دون الذي ركب إذا لم تعطب من ركوبه، وإن كان قد جحدها من غير أن يعقرها الآخر، [ومنعها من][(٥)] صاحبها، ولم يخرجها عن موضعها، ثم عقرها هذا الآخر فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء.

قال: وكذلك كل من أخذ متاع إنسان من دار صاحب المتاع، ثم جحده [فهو ضامن، وإن لم يخرجه من الدار، وإن يجحد][(٦)] فلا ضمان عليه إلا إذا هلك من

(١) سقط في م.
(٢) في م: يحركها.
(٣) في م: فغيرها عن موضعها.
(٤) في م: غيرها.
(٥) في م: ويمنعها عن.
(٦) سقط في م.

فعله، أو أخرجه من الدار، وهذا استحسان.

وفي اختلاف [زفر، ويعقوب][١] عن أبي يوسف - رحمه الله - في مسألة الدابة [بخلاف][٢] ما ذكر من المنتقى فقال ثمة: إذا ركب دابة غيره، ثم نزل، وتركها في مكانها[٣] فهو ضامن.

وفي المنتقى عن أبي يوسف أيضا: [دخل رجل][٤] منزل رجل، وحول من بيت منه إلى بيت آخر من ذلك المنزل، أو إلى صحن ذلك المنزل متاعًا، وسكن[٥] المنزل الرجل وغلمانه فضاع، ففي القياس هو ضامن.

وفي الاستحسان: لا ضمان عليه إذا كان هذا موضوعا في حرز مثله.

وسئل قاضي القضاة[٦] محمود الأوزجندي عن اصطبل مشترك بين رجلين لكل واحد منهما فيه بقر دخل أحدهما الاصطبل، وشد بقر صاحبه حتى لا يضر بقره فتحرك البقر وخنق بالحبل، ومات.

قال: لا ضمان عليه إذا لم ينقله من مكان إلى مكان.

السلطان إذا أخذ عينا من أعيان رجل، ورهنها[٧] عند رجل، وهلكت[٨] عند المرتهن إن كان المرتهن طائعا، يضمن ويكون للمالك [خياران: تضمين][٩] السلطان، أو المرتهن، ويبنى على هذا الجاني الذي يقال له بالفارسية (بإيكار) إذا أخذ شيئا رهنا، وهو طائع يضمن «وكذا الصراف[١٠] إذا كان طائعا» يضمن، وصار

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: مكانه.
(٤) في م: رجل دخل.
(٥) في م: وإنما سكن.
(٦) زاد في أ: شمس الإسلام.
(٧) في م: ورهن.
(٨) في أ، م: فهلك.
(٩) في م: الخيار أن يضمن.
(١٠) في أ، م: الضمان.

الصراف والجاني مجروحين في الشهادة[١].

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من وديعة واقعاته: وقعت قلنسوة من رأس المصلي فنحاها رجل، فإن نحاها حيث ينالها المصلي، لا يضمن، وإن نحاها أكثر من ذلك يضمن، في واقعات الناطفي.

وفي العيون: رجل دخل منزل رجل بإذنه فأخذ إناء من بيته بغير إذنه، لينظر إليه فوقع من يده وانكسر [ضمن فإن كان غير مأذون][٢]، فلا ضمان إلا إذا نهاه صاحب البيت عن الأخذ قبل ذلك؛ لأنه مأذون في أخذه دلالة؛ ألا ترى أنه لو أخذ كوز ماء، وشرب منه، وسقط من يده، وانكسر، لا ضمان عليه، [ولو أن سوقيا يبيع أواني من رجل، أو غيره، فأخذ آنية بغير إذنه؛ لينظر إليها، فسقطت من يده، وانكسرت ضمن؛ لأنه غير مأذون في أخذه لا نصا ولا دلالة.

في فتاوى أهل سمرقند: تقدم إلى بياع الخزف وأخذ منه غضارة بإذنه لينظر فيها فوقعت الغضارة من يده على غضارات أخر وانكسرت الغضارات فلا ضمان في المأخوذ؛ لأنها مأخوذة بإذنه والضمان في[٣] الباقيات.

شرع في الحمام وأخذ فنجانه [وأعطاها غيره فوقعت[٤]][٥] من يد الثاني وانكسرت فلا ضمان على الأول لأن الأول إما أن يكون مستأجرًا أو مستعيرا وللمستأجر أن يعير مما لا يتفاوت الناس فيه][٦].

وفي المنتقى: رجل عنده وديعة لرجل وهي ثياب فجعل المودع [فيها ثيابا له ثم طلبها صاحب الوديعة فدفعها كلها إليه وضاع ثوب المودع][٧] فصاحب الوديعة

---

(١) في م: الجناية.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في م: ويختصما.
(٤) في أ: حقه.
(٥) في م: وأعطاه غيره فوقع.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

ضامن له. قال: ثم كل من أخذ شيئا على أنه له، ولم يكن له [شيء][١] فهو ضامن.

رجل أضاف رجلا فنسي الضيف عنده ثوبا فاتبعه المضيف بالثوب [فغصب الثوب][٢] [غاصب][٣] في الطريق إن غصب في المدينة فهو ضامن.

وفي نوادر ابن رستم: ضرب رجلا حتى سقط ومات ومع المضروب مال فتوى.

قال محمد - رحمه الله -: الضارب ضامن للمال الذي كان مع المضروب وكذلك يضمن ثيابه؛ لأنه هو الذي استهلك ذلك كله.

تعلق برجل فخاصمه فسقط من المتعلق به شيء وضاع، ضمنه المتعلق.

في فتاوى سمرقند: رجل قطع يد حمار وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان فإن ذبح حمار إنسان ذبحا[٤] وقال صاحبه: إني أضمنه النقصان وأسلم الجلد إليه، فإن كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وإن قتله فليس له ذلك.

قال هشام: لأن ذبحه بمنزلة الدباغ.

وفي النوادر: إذا قطع أذن الدابة أو بعضها يضمن النقصان وجعل قطع الأذن من الدابة نقصا[٥] يسيرا وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان.

وعن شريح: أنه إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة، وإن كان لغيره يضمن[٦] النقصان لا غير.

استهلك قلب فضة إنسان فأحرقه يضمن قيمته مصوغا من الذهب؛ لأن الصياغة في مال الربا تضمن مع الأصل بالإتلاف كالجودة، ولا يمكن إيجاب قيمته [مصوغا من جنسه؛ لأنه ربا ولا يمكن إيجاب مثله][٧] مصوغا؛ لأنه[٨] من ذوات الأمثال

---

(١) سقط في أ، م.
(٢) في م: فغصبه منه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: فتنازعا.
(٥) في م: تقطيعا.
(٦) في م: يضمنه.
(٧) سقط في م.

فيتعين[(١)] إيجاب القيمة مصوغا من خلاف الجنس، وإن وجده صاحبه مكسورا فهو بالخيار؛ لأن الكسر عيب فاحش وإن رضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه ربا، وإن أراد أن يضمن الغاصب قيمته [ضمنه قيمته][(٢)] مصوغا من الذهب.

وكذلك [إن][(٣)] كان المصوغ كسره رجل إن كان من فضة فعليه الذهب وإن كسر درهما أو دينارًا فعليه مثله والمكسور للكاسر.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: قال مشايخنا: هذا إذا كان الكسر ينقص من ضربه[(٤)]، فأما إذا كان الكسر [لا][(٥)] ينقص من ضربه[(٦)] فليس له إلا ذلك المكسور؛ لأن هذا[(٧)] هو المقصود من الدراهم والدنانير، [فإن قام][(٨)] بعد الكسر على حاله ولم ينقص فهذا كما قلنا فيمن كسر رغيف إنسان ليس لصاحبه إلا المكسور لما قلنا، كذا هاهنا.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: [وإن شاء][(٩)] ضمنه أخذه ولم يرجع عليه بشيء سواء نقص[(١٠)] بالكسر أو لم ينقص.

غصب من آخر جارية شابة فكانت عنده؛ حتى صارت عجوزا فإن لصاحبها أن يأخذها وما نقصها.

---

(٨) زاد في م: ليس.
(١) في أ: فيعتبر.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: صرفه.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: صرفه.
(٧) في م: ما.
(٨) في م: قائم.
(٩) في م: مثله فإن.
(١٠) في م: انتقصت ماليته.

وكذلك لو غصب غلاما فكان عنده [حتى][١] هرم [فإن لصاحبه أن][٢] يأخذه وما نقصه، هذا إذا كان النقصان يسيرًا، فإن كان فاحشا تخير المالك بين الأخذ، والترك عليه أكثر المشايخ.

لو غصب صبيا فشب عنده أو نبت شعر وجهه عنده فصار ملتحيا أخذه صاحبه ولا يضمنه شيئا، ولو غصب جارية ناهدة الثديين وانكسر ثديها عنده ضمن النقصان.

ولو غصب عبدًا محترفا فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامنًا للنقصان، وكذلك إذا كان قارئًا فنسي القرآن، ولو غصب ثوبا فابيض[٣] أو اصفر [عنده][٤] أخذه المالك، وهذا إذا كان النقصان يسيرًا، وأما إذا كان كثيرًا يخير بين الأخذ، والترك، فإن كان المغصوب مكيلا، أو موزونًا فعفن، فعليه مثله، وهذا الفاسد للغاصب، وإن شاء أخذ الطعام العفن، وإنما [كان][٥] كذلك لا يضمن النقصان في المكيلات، والموزونات؛ لأنه يؤدي إلى الإرباء[٦]؛ لأنه يصل إليه مثل كيله، ووزنه، وزيادة، وتكون الزيادة [بإزاء][٧] الجودة [والخصومة][٨] في مسألة[٩] الربا لا قيمة لها بانفرادها، والاعتياض عما لا قيمة له ربا، وفي الثياب لا يكون ربا، والاعتياض عن الثياب في الجودة جائز.

غصب من آخر مستحقًا [ونقصه][١٠] فهو زيادة، فصاحبه بالخيار إن شاء أعطاه

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: عنده.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: الربا.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: والجودة، وسقط في م.
(٩) في م: مال.
(١٠) سقط في م.

ما زاد ذلك فيه، وإن شاء ضمنه قيمته غير منقوص، وهذا قول محمد - رحمه الله - وروى [وأمثاله و][١] الساقط من القيمة أقل من النصف وأقل من الربع.

ومع هذا اعتبره محمد - رحمه الله - فاحشًا، والصحيح من الحد[٢] ما قاله محمد - رحمه الله -: أن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض [المنفعة بأن فات جنس منفعته][٣]، ويبقى بعض العين، وبعض المنفعة، واليسير من الخرق ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يفوت الجودة ويدخل بسببه نقصان في المالية.

قال الشيخ الإمام الأجل الحلواني - رحمه الله - وقد قيل: يرجع في ذلك إلى الخياطين[٤] وأهل الصناعة إن عدوا ذلك نقصانًا فاحشًا فهو فاحش. وإن عدوا ذلك نقصانًا يسيرا فهو يسير.

قال - رحمه الله -: والأول أصح.

جئنا إلى قطع القميص فنقول: قطع القميص خرق فاحش؛ لأنه تفوت به بعض المنافع، وفي الخرق الفاحش صاحب الثوب بالخيار؛ لأنه استهلاك من وجه دون وجه، فإن[٥] شاء مال إلى جهة[٦] الاستهلاك، وضمنه القيمة، وإن شاء مال إلى جهة القيام، وضمنه النقصان.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: القطع أنواع ثلاثة: قطع فاحش غير مستأصل للثوب[٧]، وهو ما بينا، والحكم فيه ما ذكرنا، وقطع يسير، وهو أن يقطع

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الخبر.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: الخائط.
(٥) في م: وإن.
(٦) في أ: وجه.
(٧) في م: الثوب.

طرفًا من أطراف الثوب فلا يثبت فيه الخيار [للمالك][١]، ولكن يضمنه النقصان، وقطع فاحش مستأصل للثوب[٢]، وهو أن يجعل الثوب قطعًا لا يصلح إلا للخرق[٣] فلا يرغب في شرائه.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في هذا الفصل: أن [للمالك الخيار][٤] إن شاء ترك المقطوع عليه، وضمنه القيمة وإن شاء أخذ المقطوع، ولا شيء له، وعندهما له أن يأخذ الثوب، ويضمنه النقصان، وهذه المسألة فرع مسألة الديات إذا قطع يد عبد إنسان.

قال الشيخ الإمام الأجل الأوحد شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: والحكم الذي ذكرناه[٥] في الخرق في الثوب من تخيير المالك إذا[٦] كان خرقًا فاحشا، وإمساك الثوب، وأخذ النقصان إذا كان الخرق يسيرًا فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فإن التعييب هناك فاحشًا كان أو يسيرًا كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين، ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين له، ويضمنه [قيمته، أو مثله؛ لأن تضمين][٧] النقصان متعذر؛ لأنه يؤدي إلى الربا، هذا إذا قطع الثوب قميصًا، ولم يخطه، فإن خاطه ينقطع حق المالك عندنا.

وإذا غصب دابة، وقطع يدها أو رجلها فلا خيار للمالك فيها[٨] بل يضمنه القيمة، ويترك الدابة عليه، وكذلك لو كانت شاة أو بقرة أو جزورًا فذبحها، أو قطع يدها، أو رجلها [كان الجواب كذلك.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الثوب.
(٣) في م: خرقه.
(٤) في م: المالك بالخيار.
(٥) في أ، م: ذكرنا.
(٦) في م: إن.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: عنها.

قال شمس الأئمة الحلواني: وسواء أن تكون الشاة للقصاب، أو غيره][1]، وهو الصحيح، وقد روي في رواية أخرى أن [في][2] مأكول اللحم للمالك الخيار، ولم يذكر محمد - رحمه الله - في مسألة الشاة ما إذا أراد المالك أن يأخذ الشاة بعد الذبح، ولا يضمنه النقصان هل له ذلك؟

وروى [الحسن][3] عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن له ذلك.

قال شيخ الإسلام: وقد ذكر محمد في كتاب الغصب ما يدل على هذا، فإنه قال: فيمن غصب عصيرًا فصار خلا عنده، ثم جاء المالك [كان][4] بالخيار، إن شاء ضمنه عصيرًا مثل عصيره، وإن شاء أخذ الخل، وبعدما صار خلا لم يبق فيه شيء من منافع العصير كالشاة بعد الذبح، ثم أثبت للمالك حق الأخذ إن شاء، فهذا يدل على أن في الشاة المذبوحة له ذلك؛ لأن الذبح، والسلخ زيادة.

قال شمس الأئمة [الحلواني][5] - رحمه الله -: والصحيح أنه ليس له ذلك.

وفي المنتقى: هشام عن محمد - رحمه الله - بعث الرجل إلى القصار؛ ليأخذ ثوبًا له فدفع القصار إلى الرسول ثوبًا فضاع الثوب من يد الرسول، وظهر أن الثوب لم يكن للمرسل، وإنما كان لغيره قال: ينظر: إن كان الثوب للقصار فلا ضمان على الرسول، [وإن كان] لغير القصار فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول.

في غصب المنتقى: بعث الرجل إلى غيره ماشية فأخذ المبعوث دابة الآمر، وركبها فعطبت الدابة في الطريق إن كان بين الآمر، والمبعوث انبساط في أن يفعل مثل ذلك، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.

في غصب فتاوى أبي الليث: وإذا ارتهن خاتمًا أو استودع خاتما فجعله في خنصره فضاع فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بمعتاد فيصير به غاصبًا.

في العيون: والخنصر اليمنى[١] واليسرى سواء هو الصحيح؛ لأن بعض الناس يجعلونه في [اليمين والبعض][٢] يجعلونه في اليسار، هكذا ذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمه الله-.

وإن جعله في البنصر فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا ضمان؛ لأن هذا ليس بلبس معتاد بل هو للحفظ ولا يصير به غاصبًا، وهكذا ذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمهما الله -، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في باب إجارة الحلي.

وهكذا ذكر في الجامع الأصغر.

وذكر شيخ الإسلام في دعوى الجامع: أنه ضامن وسوى بين الخنصر والبنصر، والأول أصح.

وإن جعله في خنصره فوق خاتم آخر، فالمروي عن محمد في بعض الروايات أنه لا ضمان قد تركه، وعن بعض السلاطين أنه يلبس الخاتم فوق الخاتم.

وقال محمد - رحمه الله -: يلبسه للتختم، إشارة إلى [أن هذا ليس][٣] للتزين فلا يكون استعمالا، ولا يكون غصبا.

وفي جواب كتاب اللقطة: أن الرجل إذا كان معروفًا بلبس خاتمين للتزين فهو ضامن، وإلا فلا [يضمن][٤]، وإن جعل الخاتم في الخنصر، وجعل الفص من جانب الكف هل يكون استعمالا وتزينًا؟ فقد اختلف المشايخ فيه، ولو كان المرتهن، أو المستودع امرأة، ففي أي إصبع جعلت الخاتم فهي ضامنة؛ لأن النساء يتختمن بالجميع للزينة، وإن كان سيفًا فتقلده صار ضامنا، وكذلك إن كان متقلدًا

---

(١) في م: اليمين.
(٢) في م: اليمنى وبعض الناس.
(٣) في م: هذا اللبس.
(٤) سقط في م.

سيفا فتقلد بهذا، [وإن كان متقلدًا بسيفين فتقلد بهذا][(١)] لا يضمن بالإجماع.

سكران ذاهب العقل ووقع ثوبه في الطريق والسكران نائم في الطريق فمر[(٢)] رجل وأخذ ثوبه ليحفظه، فلا ضمان إلا إذا كان الثوب تحت رأسه. والمسألة بحالها فحينئذ يضمن.

في فتاوى أهل سمرقند: إذا أخذ القلنسوة من [رأس رجل، ووضعها على][(٣)] رأس رجل آخر، وطرحها الآخر من رأسه فضاعت، فإن كانت القلنسوة بمرأى عين صاحبها[(٤)]، وأمكنه رفعها، وأخذها، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأنه حصل الرد على[(٥)] المالك، وإن كان بخلاف ذلك فصاحب القلنسوة بالخيار إن شاء ضمن [الآخذ، وإن شاء ضمن][(٦)] الطارح.

زق انفتح فمر به رجل فإن لم يأخذه، ولم يدن منه فلا ضمان.

وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من [كم][(٧)] غيره في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - عن خلف بن أيوب عن محمد بن الحسن - رحمهم الله-.

رجل أدخل دابته في دار رجل، وأخرجها صاحب الدار فضاعت فلا ضمان عليه، وإن أخذه، ثم تركه، فإن كان المالك [غائبًا][(٨)]، فهو ضامن، [وإن كان حاضرا فلا ضمان، وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من كم غيره. ولو وضع رجل ثوبا في دار، فرمى به صاحب الدار فضاع فهو ضامن][(٩)]؛ لأن كون الدابة في الدار ضرر لصاحب الدار فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه، ولا كذلك كون الثوب في الدار.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: جاء.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: صاحبه.
(٥) في م: إلى.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في أ.

الفصل الثاني
في حكم الغصب

نقول: [حكم][(١)] الغصب حكمان:

أحدهما: وجوب رد العين ما دامت[(٢)] على حالها[(٣)] لم تتغير، قال - عليه السلام -: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[(٤)] والتغير نوعان: قد يكون من [نوع الزيادة وهذا][(٥)] قد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بفعل غيره.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا غصب من آخر ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة [الثوب الأبيض][(٦)] وكان الثوب للغاصب، وإن شاء أخذ الثوب وضمن الغاصب ما زاد الصبغ في ثوبه؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب [قائم][(٧)] وتعذر إيصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد فلا بد من ترجيح أحد الجانبين فرجحنا [جانب][(٨)] صاحب الثوب؛ لأنه صاحب أصل، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ويترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم وهو قيمة الصبغ، وإن شاء أخذ الثوب وضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه

---

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: دام.

(٣) في أ، م: حاله.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) كتاب البيوع، باب: في تضمين العارية، حديث (٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٥٧) كتاب البيوع، باب: ما جاء أن العارية مؤداة، حديث (١٢٦٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢) كتاب الصدقات، باب: العارية، حديث (٢٤٠٠)، والدارمي (٢/ ١٧٨)، وأحمد (٥/ ٨، ١٢، ١٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ١٤٦)، والطبراني في «الكبير» (٦٨٦٢)، والحاكم (٢/ ٤٧)، والبيهقي (٦/ ٩٠) من طريق الحسن عن سمرة. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. وقال المصنف في «التلخيص» (٣/ ٥٣): سماع الحسن من سمرة مختلف فيه.

(٥) في أ، م: حيث النقصان و.

(٦) في م: ثوبه أبيض.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

فيصل إلى مالك الثوب عين حقه وإلى صاحب الصبغ مالية صبغه، وفيه خيار آخر وهو أن يترك الثوب على حاله [والصبغ على حاله][١] ويباع الثوب، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما، وإن [صبغ الثوب][٢] أسود ثم أجاز الثمن، كان له أن يضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب ولا شيء للغاصب، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد: السواد ليس بمنزلة العصفر، وهذا اختلاف [عصر، وزمان][٣] فإن كان المغصوب[٤] ينقص بالسواد[٥]، فالجواب ما قاله أبو حنيفة، وإن كان يزيد، فالجواب ما قالا، ولم يذكر [محمد][٦] في الكتاب ما إذا نقص العصفر الثوب، [وقد يكون العصفر نقصانا في الثوب][٧]، [وإن كان قيمة الثوب ثلاثين، فعادت قيمته إلى عشرين[٨]][٩]، روى هشام عن محمد: ينظر إلى قيمة الصبغ في ثوب يزيد فيه، فإن كان قيمته خمسة، فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم؛ لأن صاحب الثوب استوجب على الغاصب عشرة، والغاصب استوجب عليه قيمة الصبغ خمسة، فصار الخمسة [بالخمسة][١٠] قصاصًا، وبقي نقصان الثوب بقدر خمسة بلا حائل وكذلك السواد على هذا.

ولو غصب من آخر ثوبا، وقصره، فإن[١١] لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب، ولا

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: صبغه.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في م: شيئا.
(٥) في أ: السواد.
(٦) سقط في أ، م.
(٧) سقط في أ، م.
(٨) زاد في م: وقد يكون العصفر نقصانا في الثوب.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في م.
(١١) في م: كان.

يضمن الغاصب شيئًا؛ لأنه لم يتصل بالثوب شيء من مال الغاصب.

وإذا غصب سويقًا فلته بسمن، ثم حضر المالك، فله الخيار إن شاء ترك السويق عليه، وضمنه قيمة سويقه، ذكر القيمة في السويق، ثم إن السويق من ذوات الأمثال.

بعض مشايخنا قالوا: المراد من القيمة المذكورة في الكتاب المثل، فإن[١] كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على ما إذا انقطع السويق.

وبعضهم قالوا: إن كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على الرواية التي لا يجوز فيها بيع السويق بمثله فإن في بيع السويق بمثله روايتين.

وإن شاء أخذ السويق، وضمن سمنا مثل سمن الغاصب.

وإذا غصب ثوبًا، وقطعه قميصًا، ولم يخطه، فله أن يأخذ ثوبه، وضمنه[٢] ما نقصه القطع، وإن شاء ترك الثوب عليه، وضمنه قيمته، وهذه المسألة تبنى على مسألة أخرى أن من خرق ثوبا لغيره، إن كان الخرق فاحشًا، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء [ترك الثوب عليه][٣]، وضمنه قيمة الثوب، وإن شاء أخذ الثوب، وضمنه النقصان، وإن كان الخرق [يسيرا][٤] كان للمالك تضمين النقصان لا غير، و[قد][٥] اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير، والفاحش.

بعضهم قالوا: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعدًا، فهو فاحش، وإن كان دون ذلك، فهو يسير.

وقال بعضهم: إن أوجب نقصان نصف القيمة، فهو فاحش، وما دونه يسير.

وقال بعضهم: الفاحش ما لا يصلح لثوب ما، واليسير ما يصلح.

---

(١) في م: وإن.
(٢) في أ: وقيمة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة: ما ذكروا[(١)] من التحديد من هذه الوجوه الثلاث لا يصلح [أبدًا][(٢)] بدليل مسألة قطع القميص على الوجه الذي قلنا، والثوب بعد ما قطع قميصًا يصلح للقميص، وإن كان لا يصلح للقباء.

وعن أبي يوسف: أنه يأخذه بغير شيء كرجل غصب غلامًا، وعلمه الكتابة.

وفي غصب المنتقى: غصب من آخر كاغدة، وكتب عليها.

ذكر شيخ الإسلام علي السغدي: أنه ينقطع.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي فيه اختلاف المشايخ.

قال - رحمه الله -: والصحيح أنه لا ينقطع.

غصب من آخر قطنا، وغزله، ونسجه أو غصب غزلًا، ونسجه ينقطع حق المالك، ولو غصب قطنًا وغزله، ولم ينسجه، فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه ينقطع.

غصب حنطة وطحنها، فقول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - فيها معروف.

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: رواية مثل ما قالا، وفي رواية [أنه][(٣)] قال: يزول ملكه، ولكن لا يسقط عنه حقه ويباع العين في دينه، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات، وفي رواية قال: له أن يأخذ الدقيق، ويبرأ الغاصب عن الضمان.

غصب دقيقًا فخبزه، أو لحما فشواه، أو طبخه، أو سمسمًا، فعصره، ينقطع حق المالك في ظاهر [الرواية عن][(٤)] أصحابنا، وعن أبي يوسف: أنه لا ينقطع.

قال: وله أن يأخذ اللحم المشوي، ويعطي ما زاد الشي، والطبخ فيه، وكذلك إذا

---

(١) في م: ذكر.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: رواية.

غصب ساجة، وجعلها بابًا، أو [حديدة، وجعلها][١] سيفًا، ينقطع حق المالك، ويضمن قيمة الحديدة، والساجة، وجميع ذلك للغاصب.

وكذا لو غصب من آخر تالة صغيرة، وأدركت في أرضه لا سبيل له على التالة - النخلة - وله قيمة التالة يوم الغصب، وكذلك لو غرسها في أرض المغصوب منه حتى أدركت، غير أنه إذا غرسها في أرض المغصوب [منه][٢] يؤمر الغاصب بقلع الشجر، وإن كان قلع الشجر يضر بالأرض، فلصاحب الأرض أن يعطي الغاصب قيمة الشجر، ولكن مقلوعة.

وكذلك ساجة أو خشبة، وأدخلها في بنائه، أو جصا وبنى به فعليه في ذلك كله القيمة، وللمغصوب[٣] منه أن ينقض البناء، ويأخذ الساجة، والخشب والآجر، والجص.

ولو غصب ساجة، وبنى عليها لا ينقطع حق المالك، وكان له أن يأخذها.

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال: إن كانت قيمة الساجة [أقل من قيمة البناء، ليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساجة][٤] أكثر، فله أن يأخذها، وكذا في الساجة إذا كانت قيمتها أقل من قيمة البناء لا يأخذ الساجة، وإن كانت قيمة الساجة أكثر[٥] من قيمة البناء، له أن يأخذ الساجة.

وقال: المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا، وزعم أن هذا هو المذهب.

قال مشايخنا: وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد - رحمه الله - أن من كان في يده لؤلؤة، فسقطت اللؤلؤة، وابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة

---

(١) في م: حديدا وجعله.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في أ: وليس للمغصوب.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: أقل.

الدجاجة، [واللؤلؤة][١] إن كانت [الدجاجة][٢] أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة، وضمن قيمتها للمالك، وإن شاء ترك اللؤلؤة، وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة.

وكذلك لو أودع رجلا فصيلا فكبر الفصيل حتى لم يمكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار، ينظر إلى أكثرهما قيمة، ويخير صاحب الأكثر وستأتي مسألة الدجاجة، ومسألة اللؤلؤة، ومسألة الفصيل مع أجناسها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء، ويرد الساجة هل يحل له ذلك؟

وهذا على وجهين:

إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة، لا يحل [له][٣] نقض البناء، وإذا نقض، لم يستطع رد الساجة، وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة، اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا: لا يحل؛ لما فيه من تضييع المال من غير فائدة.

وفي الجامع الصغير: مشتري الدار من الغاصب إذا هدمها، وأدخلها في بنائه، ثم حضر المالك، فإن كان البناء قليلا يتيسر رفعه، يرفعه، ويرد على المالك، وإن كان كثيرا يتعسر رفعه، وينفد الزمان في رفعه، فللمالك الخيار، إن شاء لا يرفعه بل يتركه، ويضمن المشتري قيمة الأرض مع البناء الأول.

قال الفقيه أبو جعفر: هذا قولهم.

وقال غيره من مشايخنا: هذا قول محمد خاصة.

وإن أراد المالك في مسألتنا أن يضمن البائع ذلك فهو على الاختلاف المعروف في غصب العقار.

وفي القدوري: غصب من آخر دارًا وجصصها ثم ردها، قيل لصاحبها:

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

[أعطه][١] ما زاد التجصيص فيها إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب حصته.

قال [هشام: قلت لمحمد: رجل وثب على باب مقلوع، ونقشه بالأصباغ قال][٢]: سبيله سبيل الدار، قلت: وإن كان نقشه بالنقر، وليس بالصبغ قال: [هذا][٣] مستهلك للباب؛ وعليه قيمته، والباب له.

قال: وكذلك لو نقش إناء فضة بالنقر.

مسلم غصب من مسلم خمرًا، وخللها، فلرب الخمر أن يأخذها، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل، واختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: تأويل المسألة: ما إذا خللها بشيء يسير لا قيمة له بأن نقل من الشمس إلى الظل، ومن الظل إلى الشمس، أو ألقى فيه شيئًا يسيرًا من الملح، والخل بحيث إنه لا قيمة له؛ وهذا لأن التخليل، وإن كان صنعة معتبرة، فإنها توجب قيمة الخل، وقد فات بها جميع منفعة الخل، ومثل هذه الصنعة توجب انقطاع حق المالك إلا أن منفعة الخل ساقطة الاعتبار شرعًا فيما بين المسلمين، فصارت كالهالك والهالك لا يستهلك، بقي مجرد الصنعة، ومجرد الصنعة من غير استهلاك المنفعة لا يوجب انقطاع حق المالك كالقصارة، فأما إذا ألقى فيها ملحا أو خلا [له قيمة][٤]، عند أبي حنيفة: يصير الخل ملكا للغاصب، ولا شيء عليه.

وأما على قول أبي يوسف، [ومحمد][٥]: إن كان ألقى فيه الملح أخذه المالك، وأعطاه ما زاد الملح فيه، وإن كان ألقى فيه الخل، فهو بينهما على قدر كيلهما كما لو كان المغصوب خلا، وخلطه بخل آخر، سواء[٦] حمضت من ساعتها أو بعد

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: ويستوي إن.

حين.

وقال بعض مشايخنا في هذه الصورة: إن كان الخل الذي صب فيه خلا كثيرًا حتى [صار خلا من ساعته، فهو كله للغاصب، فإن كان خله قليلاً حتى][(١)] صار خلًا بعد حين، فهو بينهما.

قال بعض مشايخنا: [يجب][(٢)] أن يشتركا فيه جميعًا، أما عندهما: فظاهر، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأن تمليك الخمر من الغاصب متعذر بسبب الخلط؛ لأن الخمر لا يتملك بسائر أسباب الملك الذي توجد صنعًا، فكذلك الخلط، فلا يصير ملكًا له بالخلط، ويبقى ملكًا للمغصوب منه، فإذا صار خلا كان له أن يأخذه، وكان بمنزلة ما لو خلط خل[(٣)] المغصوب منه بخل الغاصب.

وقال بعض مشايخنا: إن خلله بما ليس له قيمة، أخذه مجانًا، وإن خلله بما له قيمة أخذه، وأعطاه ما زاد الملح، والخل فيه كما في دبغ الجلد على ما نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال في الغصب: إذا غصب من آخر عصيرًا فصار خمرًا عنده يضمن قيمته؛ لأنه لما صار خمرًا عنده، فقد صار هالكًا معنى، فيصير كما لو هلك حقيقة، وهناك يجب الضمان فهنا كذلك، ثم قال: يضمن قيمته.

قالوا، وهذا إذا انقضى أوانه.

فأما إذا كان في أوانه فإنه يضمن مثله؛ لأن العصير من ذوات الأمثال، ولو أراد [رب][(٤)] العصير أن يأخذ الخمر ولا يضمنه، هل له ذلك؟

لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، واختلف فيه المشايخ: بعضهم قالوا: ليس له ذلك، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: خمر.
(٤) سقط في م.

وبعضهم قالوا: له ذلك.

ذكر الكرخي في كتابه وجه القول [الأول، أنه لو أخذ الخمر أخذها عوضا عن ما استحق من قيمة العصير، وإنه لا يجوز.

وجه القول الثاني][١] أنه متى اختار الخمر يصير من ماله [عوضا][٢] عن [ما استحق من][٣] قيمة العصير، ثم يأخذ خمره ليخللها كما لو كان العصير وديعة له في يده، فتخمر، ثم إذا كان [له][٤] حق أخذ عين الخمر على قول هؤلاء، فلو أراد أن يضمنه النقصان مع ذلك ليس له ذلك؛ لأن هذه الأعيان مما يجري فيها الربا فلا تكون الجودة بانفرادها متقومة فيها، فإن صارت خلا من غير صنع الغاصب، ثم حضر صاحب العصير، فله أن يضمنه قيمة العصير إن شاء على [التفسير][٥] الذي بينا، وإن شاء أخذ الخل ولا ينقطع حقه عن العين؛ لأن حق المالك إنما انقطع[٦] بإحداث الصنعة، وتفويت منافع العين، ولم يوجد واحد منهما، فلا ينقطع حقه عن العين، فكان [له][٧] الخيار على نحو ما بينا؛ لأن منفعة العصير فاتت من كل وجه، ولكن العين منتفعة بمنفعة حادثة، فهو بمنزلة ما لو غصب شاة، وذبحها، فإن [شاء][٨] أخذ الخل، ولا شيء [له][٩] غيره لما ذكرنا، وإذا غصب خمرًا، وخللها، ثم استهلكه فعليه خل مثله فإنه[١٠] صار خلا [على ملك][١١] مالكه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في أ، م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: ينقطع.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في م: لأنه.
(١١) في أ: ملكه.

وفي القدوري، وفي السير الكبير: إذا غصب جلد ميتة، ودبغها، وجعلها فروًا قوم الفرو جلدا غير معمول، فإن شاء العامل أعطاه قيمة جلده ذكيًّا غير معمول، والمعمول له، وإن شاء باع الفرو، وقسم الثمن على قيمة الجلد ذكيًا غير معمول، وعلى قيمته معمولا فما أصاب الجلد، كان لصاحب الجلد، وما أصاب العمل فهو [لصاحب العمل][1]، وفوض الأمر إليه، وإنه يخالف ما ذكر في الأصل، وفي الجامع الصغير، والمسألة مع العلة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

[قال][2]: وإذا غصب جلد ميتة، ودبغه، فلرب الجلد أن يأخذ الجلد، هكذا [ذكر][3] في الأصل، وفي الجامع الصغير، ولم يذكر هل يضمن ما زاد الدباغ فيه.

قال الحاكم الشهيد في المختصر: وذكر محمد - رحمه الله - في موضع أنه يأخذ جلده وأعطاه ما زاد الدباغ فيه، وهكذا ذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه.

قال مشايخنا: وليس في المسألة اختلاف الروايتين، وإنما اختلاف الجواب لاختلاف [الموضوع؛ موضوع][4] ما ذكر في الأصل، وفي الجامع الصغير: أن الدباغة حصلت بشيء لا قيمة له بأن شمسه وتربه؛ لأنه لم يكن شيء من مال الغاصب بالجلد إنما اتصل به مجرد صنعة، فهو بمنزلة ما لو غصب ثوبا فقصره[5] صاحب الثوب، لا يضمنه الغاصب شيئا فها[6] هنا كذلك، وإنما ينقطع [من العين][7] في هذه الصورة لما ذكرنا في فصل الخمر إذا خللها للغاصب[8] بشيء لا قيمة له بأن دبغه بالقرطم أو بالدهن أو بقشر الرمان؛ لأنه اتصل شيء من مال

---

(١) في أ، م: للعامل.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: الموضع بموضوع.
(٥) زاد في أ: وهناك.
(٦) في م: كذا هنا.
(٧) في أ: حق الغير.
(٨) في أ: الغاصب.

الغاصب بالجلد وصار تابعا للجلد [فهو][١] بمنزلة ما لو غصب من آخر ثوبا وصبغه أحمر أو أصفر فهناك صاحب الثوب يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه.

قال القدوري في كتابه: وإنما[٢] يكون لصاحب الجلد إذا أخذ الدباغ الجلد من منزله فأما إذا ألقى صاحب الميتة في الطريق، ثم إذا حصلت الدباغة بشيء له قيمة فللغاصب أن يحبس الجلد عن المالك حتى يعطيه ما زاد الدباغ فلو أراد صاحب الجلد أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد ليس له ذلك؛ لأنه لا قيمة لجلد الميتة.

فإن قيل: إذا لم يكن لجلد الميتة [قيمة][٣] فبماذا يعرف قيمة ما زاد الدباغ فيه؟

قلنا: طريقه أن ينظر إلى هذا الجلد لو كان جلد ذكية وهو غير مدبوغ بكم يشترى، ومدبوغا بكم يشترى، فيضمن فضل ما بينهما.

ثم قال: لو كان الجلد جلد ذكية فأراد المالك أن يترك الجلد عليه ويضمنه قيمة الجلد فله ذلك.

قال مشايخنا: هذا الفرق بين جلد الميتة والذكية شيء ذهب إليه الحاكم الشهيد، والجواب في الذكية والميتة واحد، للمالك أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمته[٤].

وفي القدوري: لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديما[٥] أو جرابا لم يكن للغاصب[٦] منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب فكان هو أولى به، فإن كان الجلد ذكيا، فله قيمته يوم الغصب، وإن كان الجلد جلد ميتة، فلا شيء له، هذا إذا كان الجلد قائما في يد الغاصب، فأما إذا هلك الجلد في يد

(١) سقط في م.
(٢) في أ: هل.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: قيمة جلده.
(٥) زاد في أ: دفترا.
(٦) في أ: المغصوب.

الغاصب من غير صنع أحد، فلا ضمان على الغاصب سواء [دبغه][(١)] بشيء له قيمة أو لا قيمة له.

[وأما إذا استهلكه الغاصب فإن دبغه بشيء لا قيمة له][(٢)] ضمنه في قولهم جميعا؛ لأنه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت[(٣)] المالية والتقوم [جميع حق المالك][(٤)] فيضمن بالاستهلاك.

وأما إذا دبغه بشيء له قيمة واستهلكه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يضمن الغاصب شيئا، ولا يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويأخذه ويعطيه ما زاد الدباغ فيه.

فوجه قولهما أن الجلد ملك المالك بالإجماع، والمالية والتقوم ما حصلت بالدباغ؛ لأن أثر الدباغ في إزالة الوسخ والرطوبات النجسة ثم بعد زوالها يظهر التقوم والمالية، فكانت المالية ظاهرة على ملك المالك فيضمنها الغاصب بالاستهلاك.

ولأبي حنيفة أن وجوب الضمان ينبني على [أن يقوم][(٥)] الجلد الذي حدث بالدباغ فصار العين كالتابع لهذا الوصف، والوصف غير مضمون على الغاصب؛ لأنه جق[(٦)] فكذلك ما جعل تبعا لهذا الوصف.

ذكر في السير الكبير على سبيل الاستشهاد أن من أخذ جلودا ذكية لرجل فدبغها وجعلها فروا ينقطع حق المالك عن الجلود، وكان الفرو للعامل وغرم قيمة الجلود لمالكها.

ولو أخذ جلود ميتة وجعلها فروا، ثم دبغها لا ينقطع حق المالك عن الغير ويقوم الفرو جلدا غير معمول، وإن شاء باع الفرو ويقسم ثمنه على قيمة الجلد ذكيا غير

(١) سقط في م.
(٢) في أ: فأما إذا دبغه بشيء لا قيمة له واستهلكه الغاصب.
(٣) في م: وكانت.
(٤) في أ: جميعا للمالك.
(٥) في أ: تقويم.
(٦) في أ: حقه.

معمول وعلى قيمته فروا معمولا فما أصاب الجلد كان لصاحبه وما أصاب العمل كان لصاحب العمل.

والفرق بين الجلود الذكية والميتة: أن الصنعة في المذكى حلت في جلد يضمن بالغصب والاستهلاك فأوجب انقطاع حق صاحب العين [وجلد الميتة الصنعة حلت في جلد لا يضمن بالغصب والاستهلاك فلم توجب انقطاع حق صاحب العين عن العين](١)، وهذا هو الأصل أن الصنعة إنما تجعل المصنوع ملكا للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما لا يضمن بالغصب [أو الاستهلاك، أما إذا كان مما يضمن(٢) بالغصب أو الاستهلاك قبل الصنعة فبالصنعة(٣) لا يصير مملوكا](٤) للصانع.

وأصل هذا ما ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: لو أن رجلا من أهل الجند(٥) وجد في دار الحرب من الخشب الخلنج(٦) فعمل منه قصاعًا وأحذية ثم أخرجها إلى دار الإسلام، فإن للإمام أن يأخذ ذلك منه ويعطيه ما زاد الصنعة وإن شاء باعه وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول وعلى قيمته معمولا. فما أصاب غير [المعمول من ذلك فإنه يرده في القسمة، وما أصاب](٧) المعمول من ذلك يكون للعامل، ولا يصير المصنوع ملكا للعامل.

ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام، فأخذ(٨) رجل من هذا الخشب الخلنج، وجعله قصاعًا، وغير ذلك مما وصفنا لك فإنه يضمن قيمة الخشب، وكان المصنوع

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: لا يضمن.
(٣) في م: فبالغصب.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الحرب، وفي م: الجنة.
(٦) في أ: المليح.
(٧) سقط في أ.
(٨) في م: وأخذ.

للذي عمل، لا سبيل للإمام عليه؛ لأن في الفصل[١] الأول الصنعة إنما وجدت في خشب لا يضمن بالغصب [والاستهلاك؛ لأن الغنائم لا تضمن بالغصب][٢] والاستهلاك في دار الحرب، فلم يوجد انقطاع حق الغزاة عن العين.

وفي الوجه الثاني: الصنعة إنما وجدت في خشب يضمن بالغصب والاستهلاك.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة الفرو، فنقول: إنما[٣] الخيار للعامل في جلد الميتة؛ [لا لصاحب الجلد][٤]، وإن كان صاحب العمل صاحب تبع وصاحب الجلد صاحب أصل، والخيار يثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب االمصبوغ؛ لا لصاحب التبع؛ وذلك لأن صاحب العمل وإن كان صاحب تبع ههنا من حيث الحقيقة، فإن الصنعة صارت صفة للجلد، والأوصاف أتباع، فمن حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالًا قبل الصنعة، والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان لا نفس العين، وإنما صار مالًا بعمله، فصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل، وصاحب الجلد [من حيث المعنى][٥] صاحب تبع.

والعبرة للمعنى، وإنما اعتبرت قيمة الجلد ذكيًا؛ لأنه متى اعتبره ميتًا، وجلد الميتة لا قيمة له؛ لا يستحق صاحب الجلد شيئًا، فلهذا اعتبرت قيمته ذكيًا.

وإذا غصب ترابًا [ولبّنه، أو جعله آنية][٦]، فإن كان له قيمة، فهو مثل الحنطة إذا طحنها، وإن لم يكن له قيمة فهو له، ولا شيء عليه من الضمان؛ لأن الضمان إنما يقام [مقام][٧] العين عند تقومه، وكذلك إذا اتخذ كوزا من طين عنده كان الكوز له؛

---

(١) في م: الأصل.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: إذا ثبت.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، م.
(٦) في أ: وجعله لبنة.
(٧) سقط في م.

فإن قال رب الطين: أنا أمرته بذلك، فهو لرب الطين وفي كل موضع ينقطع حق المالك، فالمغصوب [منه][١] أحق بذلك الشيء من بين سائر الناس[٢] حتى يستوفي حقه، فإن ضاع ذلك ضاع [من][٣] مال الغاصب، ولا يكون هذا بمنزلة الرهن، هكذا ذكر في المنتقى.

وفي العيون: غصب من آخر عبدًا قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألف درهم، نص محمد: أن صاحب الغلام بالخيار؛ إن شاء ضمنه قيمته يوم الخصاء خمسمائة، وإن شاء أخذ الغلام، ولا شيء له.

وقال بعض المشايخ: يقوم الغلام بكم يشترى للعمل بعد الخصاء، ويقوم قبل الخصاء فيرجع بفضل ما بينهما.

قال الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله -: هذان الجوابان خلاف ما حفظنا في المسائل المختلفة، فالمحفوظ فيها أن صاحب الغلام بالخيار؛ إن شاء ترك الغلام على الغاصب، وضمنه قيمته بخمسمائة، وإن أراد أخذ العبد[٤] يقوم العبد قبل الخصاء [للعمل][٥]، ويقوم بعد الخصاء للعمل، فيرجع بنقصان ما بينهما؛ لأن هذه الزيادة حدثت بأعيان فاسدة فيتأمل عند الفتوى، هذا كله بيان أحد حكمي الغصب.

جئنا إلى بيان الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان حال عجز الغاصب عن رد العين، فنقول: المغصوب نوعان:

نوع مثلي كالكيلي والوزني الذي [ليس][٦] في تبعيضه ضرر، والعددي المتقارب كالبيض والجوز والفلوس الرائجة، وما أشبه ذلك من العدديات التي لا تتفاوت

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، م: الغرماء.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) زاد في أ: يوم.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

آحاده.

وغير مثلي كالذرعيات، والوزني الذي [في تشقيصه ضرر][(١)]، فإن كان غير مثلي فهلك في يد الغاصب بآفة سماوية أو بفعل الغاصب، أو بفعل غيره وجب عليه قيمته يوم الغصب، وإن كان [مثليًّا][(٢)] وجب عليه [مثله][(٣)] إلا إذا وقع العجز عن رد المثل، وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس، فحينئذٍ يصار إلى القيمة.

ثم عند أبي حنيفة: تعتبر القيمة يوم القضاء والخصومة.

وعند أبي يوسف: تعتبر القيمة يوم الغصب.

وعند محمد: تعتبر قيمته في آخر يوم كان موجودًا وانقطع.

ثم مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبزر، والدهن المربى، فقالوا بضمان القيمة فيهما؛ لأن الناطف يتفاوت [بتفاوت][(٤)] البزر، وكذلك [الدهن المربى. و][(٥)] الغزل من ذوات الأمثال.

ذكر شمس الأئمة السرخسي في أول إجارته: قال الطحاوي في كتابه: كل [ما يوزن][(٦)] فهو من ذوات الأمثال.

الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: أن البيضة من ذوات الأمثال. هذا آخر قوله، وكان أول قوله أنها من ذوات القيم.

والسرقين من ذوات القيم؛ لأنه لا يكال ولا يوزن، إنما يحمل أوقارًا.

ذكر في السير الكبير: من أتلف على آخر جبنته، فعليه قيمتها، فلم يجعل الجبنة مثليا مع أنه موزون وإنما لم يجعل كذلك؛ لأنه يتفاوت في نفسه تفاوتا فاحشًا وما

---

(١) في أ: ينقصه.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: موزون.

كان بهذه الصفة لا يجعل مثليا. في ضمان العدديات[(١)] مع كونه موزونا وإن اعتبر مثليا في حق جواز السلم وغيره من الأحكام.

وإن كان المغصوب مثليًّا فلقيه في بلد آخر والمغصوب قائم في يده والقيمة في هذا البلد مثل القيمة في بلد الغصب أو أكثر منها، فالمغصوب منه يأخذ المغصوب بقيمته في بلد الغصب، وليس له أن يطالبه بالقيمة في البلد الآخر، وإن كان سعره في هذه البلد أقل من سعره في بلد الغصب فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذه في هذا البلد وإن شاء انتظر؛ لأنه يأخذ العين، وإن كان يصل إليه غير حقه ولكن مع ضرر لحقه من قبل الغاصب كان له ألا يلتزم الضرر ويطالبه بقيمة ذلك البلد وإن شاء انتظر، بخلاف ما إذا وجد في البلد الذي غصب فيه وقد نقص السعر حيث لا يكون له الخيار؛ لأن النقصان هناك ما حصل بفعل الغاصب بل هو مضاف إلى قلة رغبات الناس، وأما إذا نقله إلى بلد آخر فالنقصان مضاف إلى فعل الغاصب، هذه الجملة في القدوري.

ومن هذا النوع مذكور في «المنتقى» وصورته: غصب من آخر دوابا بالكوفة وردها عليه بخراسان فإن كانت قيمتها بخراسان أقل من قيمتها بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذها، وإن شاء أخذ قيمتها بالكوفة، وإن كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها بالكوفة أمر المغصوب منه بأخذها.

قال: وكذلك الخادم، وكل ما له حمل ومؤنة إلى ذلك الموضع.

قال: وكذلك كل ما يكال أو يوزن إلا الدراهم والدنانير، فإنه يأخذها حيث وجدها، وليس له أن يطالبه بالقيمة؛ لأنها الأثمان التي تجري عليها بياعات الناس، ومعناه أن [معنى الثمنية][(٢)] لا يختلف باختلاف الأماكن، فلا يطالبه بغيرها، وإن شاء أخر المطالبة؛ لأنها حقه.

(١) في أ: المعدودات.
(٢) في أ: القيمة.

وإن كان المغصوب مثليًا، وقد هلك في يد الغاصب، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا مثل السعر في مكان الغصب، أو أكثر يدين برد المثل، وإن كان السعر في هذا المكان أقل، فهو بالخيار؛ إن شاء أخذ قيمة العين حيث[١] غصب، وإن شاء انتظر؛ لأنه إذا رد في المكان الذي طالبه به يستضر به المغصوب منه فإن اختلاف القيمة في المكانين لأجل الحمل والمؤنة، فصار كما لو كانت العين قائمة، ونقلها إلى بلدة أخرى، فكان بالخيار؛ إن شاء أخذ القيمة، وإن شاء انتظر، وإن كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر، فالغاصب بالخيار؛ إن شاء أعطى مثله، وإن شاء أعطى قيمته حيث غصب؛ لأن المالك لا يستحق إلا الرد في مكان الغصب، فلو ألزمناه تسليم المثل ههنا يستضر الغاصب، فإنه أدركته زيادة قيمة لا يستحق المغصوب منه، وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب إضرار بالمغصوب منه.

فقلنا: بإنه[٢] يسلم القيمة في مكان الغصب إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير، وإن كانت القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالب بالمثل؛ لأنه لا ضرر على واحد منهما، هذه الجملة في القدوري.

وفي المنتقى: غصب من آخر كرًّا من طعام يساوي مائة، ثم صار يساوي مائة وخمسين، ثم انقطع عن أيدي الناس، وعز وارتفع، وصار لا يقدر على مثله، وصار يساوي مائتين، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمنه مائتي درهم قيمته يوم استهلكه؛ لأنه حين انقطع من أيدي الناس صار بمنزلة عرض لا مثل له غصبه رجل فزادت قيمته، ثم استهلكه[٣]، فله أن يضمنه قيمته يوم استهلكه إن شاء، ولو كان غصب الكر، وهو يساوي مائتين، ثم صارت قيمته مائة وخمسين، ثم انقطع من أيدي الناس، ثم صارت قيمته مائة، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمنه قيمته مائة وخمسين آخر ما كان موجودًا في أيدي الناس، وليس له أن

(١) في م: حين.
(٢) في م: فإنه.
(٣) زاد في أ: الغاصب.

يضمنه أكثر من ذلك.

وذكر ابن رستم عن محمد في «نوادره» إذا أحرق كُرَّ بر لرجل إن كان البر إذا كان في السنبل أقل قيمة منه إذا كان خارجًا فعليه القيمة، وإن كان خارجًا أكثر قيمة منه، فعليه بر مثله وعليه في الكل القيمة.

وفيه أيضًا: رجل غصب كُرَّ تبن فداسه، ثم أقام المغصوب منه بينة قال: [لا](١) يقضى له بالبر كله، [وبقيمة الحمل؛ لأنه غيره](٢) عن حاله، فهو كر طحنه.

وفيه أيضًا: عن محمد رجل غصب من آخر(٣) حبة حنطة، فلا شيء على الغاصب؛ لأنه لا قيمة لها، فقيل: لو أن [رجالًا غصبوا](٤) حبة حبة، فبلغ ذلك قفيز حنطة.

قال أبو يوسف: إذا غصب قوم رجلا ما له قيمة، ضمنتهم قيمته، فإذا جاء برجل بعد رجل لم أضمنهم شيئًا؛ لأن كل إنسان إنما غصب منه ما لا قيمة له، ولو كانت في حبة حنطة(٥) قيمة، ما حل لأحد أن يلتقط النوى، وكان عليه أن يعرفها؛ لأنه(٦) لقطة.

وإذا استهلك المغصوب، وضمنه القاضي القيمة ينظر؛ إن كان ذلك الشيء يباع في السوق بالدراهم يقوم بالدراهم، وإن كان يباع بالدنانير يقوم بالدنانير، وإن كان يباع بهما، فالقاضي مخير. في شرح كتاب الصرف في باب الغصب.

الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: رجل غصب بيضة وأتلفها فعليه مثلها، وهذا آخر قوله، وكان قوله الأول القيمة. في «المنتقى».

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يقيم الحمل لا يغيره.
(٣) في أ: رجل.
(٤) في أ: رجلا غصب.
(٥) في أ: الحنطة.
(٦) في أ: لأنها.

وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف: رجل غصب شاة وحلبها ضمن قيمة لبنها[(١)]، وإن غصب جارية، فأرضعت ولدًا له لا يضمن قيمة اللبن، وحكاه في موضع آخر من هذا الكتاب، عن أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وفيه أيضًا هشام عن محمد - رحمهما الله - قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: رجل غصب من آخر لحمًا، واستهلكه، فعليه قيمته، وفيه كلمات أخر عرفت في كتاب البيوع.

استهلك سرقين إنسان يجب عليه القيمة؛ لأنه ليس بمثلي؛ لأنه لا يكال ولا يوزن إنما يحمل أوقارًا فيضمن بالقيمة؛ ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن رد مثل المغصوب ومثل المستهلك في الموضع الذي وجب المثل يجب في موضع الغصب والاستهلاك، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أن ضمان الجناية لا تجب في موضع الجناية، وإنما يجب في موضع الخصومة.

استهلك ثوبًا لرجل وجاء بقيمته، فقال رب الثوب: لا أريدها، ولا أجعلك في حل، فللغاصب أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول، وإن لم يرفع الأمر إلى الحاكم، ووضع القيمة في حجره يبرأ وإن وضعه [بين يديه][(٢)] لا يبرأ.

إذا استهلك رجل أحد مصراعي باب غيره أو ما أشبه ذلك، كان للمالك أن يسلم الباقي ويأخذ قيمتها منه، في الجامع في باب الشيئين اللذين كأنهما شيء واحد.

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: غصب من آخر أحد خفيه أو أحد مصراعي الباب وضاع عنده ضمن قيمتهما جميعا، فإن بغصب أحدهما صار غاصبا لهما.

ولم يقل: إن المالك يسلم الآخر إليه ويضمنه قيمتها كما قال في الجامع.

وفي المنتقى عن أبي يوسف: إذا استهلك فروة نعل لرجل لم يضمنه إلا قيمة ما

---

(١) في أ: اللبن.
(٢) في أ: في يده.

استهلك ولا يدفع إليه الأخرى ويضمنها جميعا.

قال: وكذلك لو أحرق أحد مصراعي باب رجل أو أحد خفيه.

قال: أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيها فص قيمة فإني أضمن الفص والخاتم لا أضمن ما استهلك.

قال ثمة: ولو كسر أحناء سرج ضمنه ولم يضمن السرج؛ لأن هذا يخلص منه بلا ضرر.

قال: وكل شيئين منفردين أو شيء واحد يخلص بعضه عن بعض بلا ضرر مثل أحناء السرج ودفتيه فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك ولا يضمن غيره.

ذكر في السير في باب ما يبطل به سهام الفرسان في دار الحرب وما لا يبطل: أن الغاصب إذا غصب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير أن يلزمه.

وذكر في غصب الأصل: أن الغاصب إذا غصب المغصوب فالقاضي يتلوم يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر المغصوب.

فقيل: في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر في السير جواب الجواب، معناه: أن القاضي إذا قضى بالقيمة في الحال أو أمر بتلوم يجوز، وما ذكر في كتاب الأصل جواب الأفضل والأولى، يعني: الأفضل والأولى: يتلوم يومين أو ثلاثة.

وقيل: في المسألة روايتان.

* * *

الفصل الثالث

في بيان ما يجب الضمان باستهلاكه وما لا يجب

كسر بيضة أو جوزة لغيره، فوجد داخلها فاسدًا، فلا ضمان عليه؛ لأنه [ظهر أنه ما استهلك مالًا][1]، وكذلك لو كسر درهم إنسان، ثم ظهر أنه ستوق[2]، فلا ضمان عليه لما قلنا.

إذا أتلف تأليف حصير إنسان، فإن أمكن إعادته كما كان أمرناه بالإعادة؛ لأنه قادر على رده كما أخذه فصار كمن غصب عصير [إنسان][3] مسلم يؤمر بالإعادة؛ لأن الإعادة ممكنة فيؤمر بالإعادة، وإن لم يمكنه [الإعادة][4] كما كان سلم إليه المقبوض، وضمن قيمة الحصير صحيحًا؛ لأنه عجز عن الرد كما أخذ فيصار إلى القيمة.

وإذا حل شراك نعل غيره، فإن كان النعل من النعال التي يستعملها العامة لا شيء عليه؛ لأنه لا مؤنة في إعادة شراكه، وإن كان النعل غريبًا[5] فإن كان لا ينقص سيره، ولا يدخله عيب لو أعيد[6] يؤمر بالإعادة، ولا يضمن شيئًا، وإن كان ينقص سيره، ويدخله عيب لو أعيد[7] يؤمر بالإعادة ويضمن النقصان.

وفي واقعات الناطفي: نزع[8] باب دار إنسان عن موضعه أو حل سرج [فرس] إنسان، أو جاء إلى ثوب ابتدأه الحائك، ففتحه فنشره ثم أعاده إلى الحالة الأولى، [فكل ما][9] كان مؤلفًا، فنقض [تأليفه][10]، فالجواب فيه على نحو ما ذكرنا في

(١) في أ: وجد ما استهلكه غير مال.
(٢) في أ: زيوف.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ، م: مؤنة.
(٦) في أ: أعبده، وفي م: أعاده.
(٧) في أ: أعبده، وفي م: أعاده.
(٨) في م: قرع.
(٩) في أ: فكما.

النعلين والحصير.

وفي النوازل: هدم جدار رجل، ثم بناه الهادم قبل أن يضمن القيمة؛ إن بناه كما كان، فلا ضمان عليه؛ لأنه [أعاد الأول، فصار كمن][١] فتق مخيط إنسان، ثم خاطه.

وذكر في موضع آخر: إذا هدم بناء غيره ثم بناه، إن كان الجدار من التراب فبناه ثانيا من التراب على نحو ما كان، فقد برئ من الضمان، وكذلك إذا كان الجدار من الخشب على [نحو ما ذكرنا][٢]، فقد برئ من الضمان. وإن بناه له بخشب آخر، لا يبرأ من الضمان؛ لأن الخشب في نفسه متفاوت حتى لو علم أن الخشب الآخر أجود يبرأ عن الضمان.

إذا هدم الرجل حائط جاره، فللجار الخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط، والنقض [للضامن][٣]، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان؛ لأن الحائط قائم من وجه هالك من وجه، فإن شاء مال إلى جهة القيام وضمنه النقصان وإن شاء إلى جهة الهلاك وضمنه قيمة الحائط، وليس له أن يجبره على البناء؛ لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أن مذهب بعض العلماء أن الحائط إذا كان جديدا يؤمر الهادم بالإعادة، وإن كان عتيقا، لا يؤمر[٤].

ثم طريق معرفة قيمة الحائط أن تقوم الدار بحيطانها وتقوم بدون الحيطان، فسقط ما بينهما قيمة الحائط؛ وهذا لأنه أتلف حائطًا محيطا بالدار يخالف قيمته ساقطا، هذا كما قال في المنتقى.

---

(١٠) سقط في م.
(١) في م: إعادة الأولى حكما كمن قضى.
(٢) في أ: ما كان.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: من.

إذا أرسل دابة في زرع فأفسدته ضمن صاحب الدابة قيمة الزرع فتقوم الأرض مع الزرع وتقوم بدون الزرع؛ لأنه أتلف عليه الزرع الثابت، وقيمته ثابتا تخالف قيمته غير ثابت. كذا هاهنا.

إذا دخل على صاحب دكان بإذنه فتعلق بثوبه شيء مما في دكانه، فسقط لا يضمن، هكذا ذكر في «واقعات الناطفي» وتأويله الصحيح: أن السقوط [لم يكن][١] بفعله ويده.

دفع إلى خياط كرباسًا ليخيطه له قميصًا، فخاطه[٢] قميصًا فاسدًا، وعلم صاحب الثوب بالفساد، فلبسه مع ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه لبسه مع العلم رضا بالفساد، ويعلم عن هذه المسألة كثير من المسائل.

إذا ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها، ضمن، والراعي والبقار في مثل هذا لا يضمن، هكذا ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من شركة «واقعاته».

وجواب محمد - رحمه الله - في «الأصل:» أن الراعي يضمن، [وهو][٣] القياس.

والمسألة في إجارة الراعي، فالصدر الشهيد - رحمه الله - فرق بين الراعي والبقار وبين الأجنبي، فضمن[٤] الأجنبي، ولم[٥] يضمن الراعي والبقار، والفقيه أبو الليث - رحمه الله - سوى بينهما فقال: لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي لوجود الإذن بالذبح دلالة في هذه الحالة في حق الكل.

وكذلك الجواب في البعير[٦]؛ لأن الذبح في هذه الحالة لإصلاح اللحم، وأما

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في أ: له.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: فقال يضمن.
(٥) في م: ولا.
(٦) في م: المعز.

في الحمار والبغل، فلا يذبح؛ لأن ذبحهما ليس لإصلاح اللحم، وفي الفرس أيضًا لا يذبح؛ لأن ذبحه ليس لإصلاح اللحم عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأن كراهته كراهة تحريم عنده وهو الصحيح.

إذا [رفع التراب](١) من أرض الغير إن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع [إن انتقص الأرض برفعه ضمن النقصان، وإن لم ينتقص فلا شيء عليه، فلا يؤمر بالكبس، وإن قال به بعض العلماء، وإن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع](٢) ضمن قيمته تمكن في الأرض أو لم يتمكن. لأن الأرض بجميع أجزائها مملوكة وإنما أخذ ملك غيره فيضمن قيمته ومن حفر في أرض غيره وأضر ذلك بأرضه، يضمن النقصان وقوله: «أضر ذلك بأرضه» يشير أنه لو لم يضر ذلك بأرضه أنه لا شيء عليه. في «أدب القاضي» للخصاف في آخر باب اليمين.

الصراف إذا غمز الدراهم وكسرها ضمن، إلا إذا قال له المالك: اغمز، في غصب «العيون».

وكذلك إذا دفع إليه قوسًا، وقال [له](٣): أوتره فمده، وانكسر؛ يضمن إلا إذا قال له مده في هذا الموضع أيضًا.

وفي صرف «المنتقى»: عن أبي يوسف في الصيرفي إذا انتقد الدراهم بإذن صاحبها فغمز درهمًا فانكسر، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا ضمان، وقال أبو يوسف: إن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان.

والمختار للفتوى أن صاحب المال إن أمره بالغمز [فلا ضمان، وإن لم يأمره بالغمز](٤)، فإن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان عليه أيضًا، ويثبت الإذن بالغمز دلالة إذا كانت الحالة هذه إذا طبخ لحم غيره بغير إذنه ضمن،

---

(١) في أ: وقع الدواب.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

ولو جعل صاحب اللحم اللحمَ في القدر ووضع القدر على الكانون ووضع تحتها الحطب، فأوقد [رجل](١) النار وطبخ، فإنه لا يضمن استحسانًا.

ومن هذا الجنس مسائل:

إحداها: هذه.

المسألة الثانية: إذا طحن حنطة غيره بغير إذنه ضمن، ولو أن صاحب الحنطة جعل الحنطة في الدورق، وربط عليه الحمار فجاء آخر، وساق الحمار فطحن لا يضمن.

المسألة الثالثة: إذا رفع جرة [غيره](٢) بغير أمره فانكسر يضمن، ولو أن صاحب الجرة رفع الجرة فأمالها إلى نفسه، فجاء إنسان وأعانه على الرفع فانكسر [فيما بين](٣) ذلك، لا يضمن.

المسألة الرابعة: من حمل على دابة غيره بغير أمره حتى هلكت الدابة يضمن، ولو حمل المالك [على](٤) دابته شيئًا فسقط في الطريق فجاء إنسان وحمل بغير إذنه، فهلكت الدابة لا يضمن.

المسألة الخامسة: إذا ذبح أضحية غيره بغير إذنه؛ إن ذبح في غير أيام الأضحية لا يجوز، ويضمن الذابح، وإن ذبح في أيام الأضحية يجوز، ولا يضمن؛ لأن الإذن ثابت دلالة في هذه المسائل، والدلائل يجب اعتبارها ما لم يوجد الدليل الصريح بخلافه، هذه جملة ذكرها الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب ما لا يجزئ في الأضحية.

ومن جنس هذه المسائل: ما ذكر [محمد](٥) - رحمه الله - في شرح المزارعة

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: فإن.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

في باب قبل [باب][١] المزارعة التي يشترط فيها المعاملات[٢]: [أن][٣] من أحضر[٤] فعلة لهدم جدار فجاء آخر، وهدمه بغير إذنه لا يضمن استحسانًا[٥].

وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل[٦] عمل لا يتفاوت فيه الناس [ثبتت[٧] الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس دلالة، فأما إذا كان عملًا يتفاوت فيه الناس][٨] لا تثبت الاستعانة [بكل واحد من آحاد الناس][٩]، كما لو علق الشاة بعد الذبح للسلخ فجاء إنسان وسلخ [بغير إذنه][١٠] ضمن، ذكر محمد - رحمه الله - هذا [الأصل في][١١] الباب أيضًا.

القصاب إذا اشترى شاة، فجاء إنسان وذبحها، فهذا على وجهين: أما إن ذبحها بعدما أخذها القصاب، وشدَّ رجلها، أو قبل ذلك، [ففي الوجه الأول: لا يضمن][١٢]، وفي الوجه الثاني: [يضمن.

نزع غريم رجل من يده يعزر لكن لا ضمان عليه في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -:][١٣].

دابة لرجل دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب الزرع، فجاء ذئب وأكلها، إن

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: المعاملة.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: أجرى.
(٥) البحر الرائق (٢/ ٣٨٠).
(٦) في م: كان.
(٧) في أ: فيه ثبتت.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في م.
(١٣) سقط في م.

أخرجها ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان [عليه][(١)]، وعليه أكثر المشايخ، وهو المختار للفتوى، وإن ساقها بعدما أخرجها أكثر مشايخنا على أنه يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن عليها من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكه[(٢)] بقرة لغيره، فطردها قدر ما تخرج من بين بادوكه لا يضمن، وإن ساقها بعد ذلك يضمن، فأما إذا وجد بقرة في زرعه، فأخبر صاحبها، فأخرجها صاحبها، فأفسدت الدابة الزرع إن أمر [صاحب الزرع][(٣)] صاحب الدابة بالإخراج، لا يضمن صاحب الدابة شيئًا هذه الجملة في الباب الأول من غصب «الواقعات».

المزارع إذا دفع البقر الذي دفعه إليه رب الأرض مع البذر، والأرض مزارعة إلى الراعي، فضاع لا ضمان على أحد.

في غصب «فتاوى أهل سمرقند»: إذا منع صاحب الزرع عن السقي حتى فسد الزرع؛ لم يكن عليه ضمان الزرع في «واقعات الناطفي».

* * *

(١) سقط في أ.
(٢) في م: شادوله.
(٣) سقط في أ.

الفصل الرابع
في كيفية الضمان

في المنتقى: بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل خرق طيلسان رجل ثم رفاه، قال أقومه صحيحًا وأقومه مخروقًا[١] فأضمنه فضل ما بينهما.

[وعنه أيضًا: رجل حفر بئرًا في ملكه، فطمها رجل بترابها، قال: أقومها محفورة، وغير محفورة، فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها ترابًا أجبرته على أن يخرجه، وإن كانت في الصحراء، فإن لم يخرج الماء فليس عليه من طمها شيء، وإن أخرج الماء، فقد استحقها؛ لأنه بئر عطن، فهو ضامن لفضل ما بينهما][٢].

وإذا مزق دفاتر حساب إنسان[٣]، فاستهلكها ولم يدر[٤] ما أخذ وما أعطى، يضمن للمالك قيمة دفاتر الحساب، وهو أن ينظر بكم يشترى ذلك. في [غصب][٥] «فتاوى أهل سمرقند».

وهو نظير ما ذكر في «فتاوى أبي الليث»: أن من حرق صك إنسان، يضمن قيمة الصك مكتوبًا على قول أكثر المشايخ، ولا ينظر إلى المال؛ لأن الإتلاف صادف الصك، أما[٦] ما صادف المال.

وقال بعضهم: يضمن على قدر ما ينتفع به صاحبه.

[في «المنتقى»: هشام عن محمد قال: عند المفتين باطل؛ لأنه لو صبه إنسان لمسلم لم أضمنه، فقيل له: يقول أبو حنيفة فيمن صب سكرًا لمسلم أيضمن قيمته أو مثله، قال: قيمته][٧].

(١) في م: مرقوا.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في أ: لإنسان.
(٤) في أ: يذكر.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: و.
(٧) سقط في أ، م.

إذا كسر بربط إنسان أو طنبور إنسان أو دفه أو ما أشبه ذلك من آلات الملاهي فعلى قولهما: لا ضمان عليه، وعلى قول أبي حنيفة: يجب الضمان؛ لأن هذه الأشياء صالحة للانتفاع بجهة أخرى سوى اللهو بأن يجعل ظرف الأشياء، فيضمن قيمتها من هذا الوجه لا من حيث كونه طنبورًا أو بربطًا[١].

وذكر في «الجامع الصغير»: [أن على قول أبي حنيفة يضمن؛ إلا إذا فعل بإذن الإمام.

قال القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح «الجامع الصغير»][٢] والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي في «الجامع الصغير» أيضًا: أن قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان.

قال صدر [الإسلام ثمة][٣]: [ثم][٤] عند أبي حنيفة: إذا وجب الضمان يجب الضمان على وجه الصلاحية بغير التلهي على أي وجه يمكن الانتفاع بذلك، وعلى هذا الخلاف النرد والشطرنج؛ لأنه يمكن أن يجعل هذه الأشياء استحسان الميزان[٥].

وفي «القدوري» يقول في مسألة الطنبور والبربط أنه يضمن قيمته خشبًا منحوتًا، وفي «المنتقى» يقول: يضمن قيمته خشبًا[٦] ألواحًا.

وفي القدوري: إذا شق زق خمر مسلم، ضمن الزق، إلا إذا كان إماما يرى ذلك [فحينئذ لا يضمنه؛ لأنه مختلف فيه، وإذا أظهر بيع الخمر منع عنه، ولو أتلفه إنسان

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/ ٤٨٠).
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في أ، م: الأئمة.
(٤) سقط في أ.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/ ٤٨٠).
(٦) في م: قيمة خشبه.

ضمن، إلا أن يكون الإمام فيرى ذلك][١]؛ لأنه مختلف فيه.

وذكر الخصاف في أدب القاضي في باب العدوى عن عمر - رضي الله عنه - إحراق البيت الذي فيه الخمر.

وروي عن أصحابنا هدم البيت الذي فيه الخمر؛ فكأنهم أخذوا ذلك من حديث عمر - رضي الله عنه-.

وفي السير الكبير ذكر دنان خمر المسلم وقال: إن فعل الإمام ذلك أو فعل غيره بأمره، فلا ضمان، وإن فعل غير الإمام بغير أمر الإمام فهو ضامن.

هشام عن محمد: إذا أحرق صليب الذمي [ضمنه قيمة صليبه][٢]؛ لأنا على ذلك صالحناهم.

قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله -: إذا أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة، قال: في قولي: يضمن قيمته غير منقوش[٣] بتماثيل، فإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشًا بمنزلة منقوش من شجر، قلت: لو أحرق بساطًا فيه صورة رجال، قال: ضمن قيمته مصورًا؛ لأن البساط يوطأ.

قلت: [إذا هدم][٤] بيتًا مصورًا بهذه الأصباغ[٥] تماثيل الرجال والطير قال: أضمنه قيمة البيت، والأصباغ[٦] غير مصورة، وإن قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية، إلا أن يكون الغناء نقصًا فأقومها على ذلك وإن كانت الجارية حسنة الصوت؛ إلا أنها لا تغني، فهو على حسن الصوت، والحمامة إذا كانت تقرقر، والفاختة إذا كانت تقرقر تعتبر قيمتها مقرقرة، والحمامة إذا كانت تجيء من بعيد، لا تعتبر قيمتها

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ضمن قيمته صليبًا.
(٣) في م: منقوشة.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: الأصابع.
(٦) في م: والأصابع.

على ذلك.

والفرس إذا كان يسبق عليه، فهو على السابق قيمته، وفي الحمامة إذا كانت طائرة[١] تعتبر قيمتها غير طائرة[٢]، وكذلك كل شيء يكون بغير تعليم.

غصب من آخر أرضًا وزرعها، وانتقصت الأرض بسبب الزراعة، فعلى الغاصب نقصان الأرض، واختلف المشايخ في طريق معرفة النقصان، قال بعضهم: ينظر بكم تؤاجر هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تؤاجر بعد الزراعة، فمقدار التفاوت نقصان الأرض.

وقال بعضهم: ينظر بكم تشترى هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تشترى بعد الزراعة فمقدار التفاوت نقصان الأرض.

قال شمس الأئمة السرخسي: والقول الأول أقرب إلى الصواب.

قطع شجرة من دار رجل بغير أمره، فرب الدار بالخيار؛ إن شاء ترك الشجرة على القاطع، وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وطريق معرفة ذلك أن تقوم الدار مع الشجرة، وتقوم [الدار][٣] بدون الشجرة، فيضمن فضل ما بينهما. وإن شاء أمسك الشجرة، ويضمنه قيمة النقصان قائمًا، وإنما طريق [معرفة][٤] ذلك: أن تقوم الدار مع الشجرة، [وبغير الشجرة][٥] أصلاً، فتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة، ثم ينظر إلى ذلك وإلى قيمة الشجرة مقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، حتى لو كان قيمة الشجرة مقطوعة وغير مقطوعة على السواء، لا شيء عليه. في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله.

وفي «مجموع النوازل»: من قلع شجرة من بستان رجل أو من داره فاستهلكها،

---

(١) في أ: طيارة.
(٢) في أ: طيارة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ، م.

فعليه نقصان الدار والبستان[1]، ومن قلع شجرة من أرض رجل، فعليه قيمة الحطب.

جئنا إلى الصور:

رأس تنور مسجور بقصب فصب فيه الماء، ننظر إلى قيمة التنور كذلك وإلى قيمته غير مسجور فيضمن فضل ما بينهما، وكذلك بئر الماء إذا بال فيها إنسان على هذا. في «واقعات الناطفي».

وفي جنايات «فتاوى أهل[2] سمرقند»: فتح رأس تنور إنسان حتى برد، فعليه قيمة الحطب مقدار ما سجر به التنور ويمكن أن يقال: ينظر: بكم يستأجر التنور المسجور لينتفع به ومن غير أن يسجره ثانيا فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجورا وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما.

* * *

---

(١) في أ: والبنيان.

(٢) سقط في أ.

الفصل الخامس
في مسائل الخلط، وما يجانسه

مسائل الخلط تنقسم إلى قسمين: خلط لا يتأتى معه التمييز، كخلط اللبن باللبن، والحنطة بالحنطة.

وفي هذا الوجه المخلوط يصير ملكا للخالط عند أبي حنيفة، ويبطل[(١)] حقه في المثل.

وعند أبي يوسف، ومحمد: لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار؛ إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه في المخلوط، وهذا الاختلاف في ثبوت الملك للخالط، أما حق المالك لا ينقطع عن المخلوط ما لم يصل إليه بدل ملكه، حتى لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان، هكذا ذكر شمس الأئمة في [أول][(٢)] كتاب الوديعة.

وخلط يتأتى معه التمييز وهو على وجهين: خلط لا يتأتى معه التمييز [إلا بضرب كلفة ومشقة][(٣)] كخلط الحنطة بالشعير، والجواب فيه كالجواب في خلط لا يتأتى معه التمييز أصلا، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الغصب.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب الغصب: أن هذا الخلط اختلف المشايخ بعضهم قالوا: ما ذكره شمس الأئمة.

وبعضهم قالوا: بأن الجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا الخلط نظير الجواب على قولهما بخلاف خلط الحنطة بالحنطه وما أشبه ذلك.

ومنهم من قال: على قول أبي حنيفة في هذا اللفظ قياس، واستحسان، القياس: أن يصير المخلوط ملكا للخالط.

---

(١) في م: وينتقل.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

وفي الاستحسان: لا يصير.

وخلط يتأتى معه التمييز من غير كلفة ومشقة كخلط البيض بالسود. وفي هذا الوجه لا ضمان بالاتفاق.

وفي المنتقى قال هشام: سألت محمدا - رحمه الله - عن رجل غصب من آخر ألف درهم، وخلطها في ماله قال: مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم الخالط إذا كانت أكثر، فهو مستهلك ضامن الدراهم المغصوبة، فإن كانت دراهمه أقل، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه.

قلت: وإن كانا سواء، فما مذهب أبي يوسف؟ فقال: لا أدري، فأما قولنا: المغصوب منه بالخيار على كل حال إن شاء ضمن الغاصب دراهمه، وإن شاء كان شريكا فيها.

وفيه أيضا: هشام عن محمد: إذا كان مع رجل سويق، ومع رجل آخر سمن، أو زيت، فاصطدما، فانصب زيت هذا، أو سمنه في سويق هذا، فإن صاحب السويق يضمن لصاحب الزيت، أو السمن مثل كيل سمنه، أو زيته؛ لأن صاحب السويق استهلك سمن هذا، ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا؛ [ولأن هذا زيادة في][1] السويق، وإن كان مع أحدهما سويق، ومع الآخر نورة، فاصطدما، فانصب سويق هذا في نورة هذا، فإن شاء صاحب السويق، أخذ سويقه ناقصا، وأعطى الآخر مثل نورته، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه، وسلم له سويقه، أو ضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته؛ لأن كل واحد منهما جان، وإن فعل ذلك غيرهما[2]، وذهب، فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء؛ لأن النورة لم تزد في سويقه، بل نقصته، والسويق لصاحب السويق.

---

(١) في م: زيادة.
(٢) في أ: غريب.

وفي القدوري: صب في طعام ماء، وأفسده، وزاد في كيله، فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء، وليس له أن يضمنه طعاما مثله، وكذلك لو صب ماء في دهن، أو زيت؛ لأن الطعام، أو الدهن المبتل، والذي صب [فيه][1] الماء لا مثل له، فيغرم القيمة، ولا يحرم أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء؛ لأنه لم يكن [منه][2] غصب متقدم حتى لو غصب، ثم صب الماء عليه فعليه مثله.

وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله - رجل معه دراهم ينظر إليها، فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلطا[3]، كان ضامنا لها؛ لأن هذه جناية منه وإن لم يتعمد. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع، والمآب.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: فاختلط.

الفصل السادس
في التلف الحاصل من جهة اثنين

وفي المنتقى قال هشام: قلت لمحمد: رجل في يده ثوب فتشبث رجل بالثوب، فجذب صاحب الثوب الثوب من يد المتشبث فانخرق الثوب، قال: يضمن المتشبث نصف ذلك. قلت: [من أين [صرف هذا إلى اليد][١]، فإن كان المتشبث هو الذي جذب الثوب، فهو ضامن جميعه؛ لأنه لم يكن الجذب إلا منه.

قال هشام: قلت][٢]: جلس رجل إلى جنب رجل فجلس على ثوبه، وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوسه عليه قال: يضمن نصف الشق؛ لأنه لم يكن له أن يجلس على ثوبه، فكان متعديا في الجلوس، وقد حصل الشق بفعلهما، فيسقط ما كان بفعل المالك، ويجب ما كان بفعل الجالس.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد في رجل قعد على رداء رجل، وهو لا يعلم، فنهض[٣] الرجل، فتخرق رداؤه قال: يضمن الذي قعد على الثوب، فأوجب الضمان مطلقا غير مقدر بالنصف وإنه يخالف رواية هشام عنه.

وعلى هذا المكعب إذا تخرق من وضع رجل [غير][٤] صاحبه عليه وصاحبه لا يعلم به فعلى قياس رواية هشام يضمن الواضع نصف النقصان على ما بيناه في مسألة الثوب.

وفي نوادر ابن رستم أن الحائك إذا عمل لرجل فجاء الطالب؛ ليأخذ الثوب، وأبي الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر، فمد صاحب الثوب الثوب، فتخرق[٥] من يد صاحبه، لا يضمن الحائك شيئا، وإن[٦] تخرق من أيديهما ضمن الحائك نصف

(١) فراغ في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: قبض.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: بخرق.
(٦) في م: ولم.

قيمة الخرق أعني نصف قيمة النقصان [المتمكن][١] بالخرق.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب العلل[٢]: إذا غصب الرجل ثوبا من غيره، فلبسه، ثم جاء صاحب الثوب، ومد الثوب، والغاصب لم يعلم بذلك، ولم يطلب صاحب الثوب منه [الثوب][٣]، فتخرق الثوب من ذلك فلا شيء على الغاصب.

وكان ينبغي أن يقال: إنه يضمن الغاصب للمغصوب منه نصف قيمة الخرق؛ [لأن الخرق][٤] حصل بمد صاحب الثوب، وبإمساك الغاصب بعد مد المغصوب منه [كان لا يتخرق الثوب من مده وإذا حصل الخرق من فعلهما يجب أن يكون على الغاصب نصف الضمان][٥]، وكما لو طلب صاحب الثوب فمد المغصوب منه الثوب مد مثله، فتخرق الثوب ذكر: أن الغاصب يضمن نصف قيمة ما تخرق؛ لأن الخرق حصل بفعلهما، والجواب «أن الإمساك من الغاصب إن وجد حقيقة بلبس الثوب لم يوجد» معنى؛ لأن الغاصب بلبس الثوب قصد ستر[٦] نفسه لإمساكه عن المالك، فلم يوجد الإمساك من الغاصب معنى، فبقي التلف كله مضافا إلى يد المالك [بخلاف ما][٧] إذا طلب منه المالك، وأمسكه؛ لأن هناك وجد الإمساك من الغاصب حقيقة، ومعنى، ولو طلب المغصوب منه الثوب من الغاصب، فمنعه الغاصب عنه، ثم إن [المغصوب منه][٨] مده مدا شديدا لا يمد مثله كذلك، فتخرق الثوب لا ضمان على الغاصب.

علل فقال: لأن هذا بمنزلة سكين جاء به خرقه[٩]، فقد أضاف الخرق كله إلى

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: التملك.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: كما لو خرقه جميعًا.
(٦) في أ: جبره.
(٧) في أ: أما.
(٨) في م: الغاصب.
(٩) في م: جذبه.

فعل المالك، وهذا مشكل؛ لأنه لولا إمساك الغاصب الثوب لكان لا يتخرق الثوب بمد المالك فكان الخرق مضافًا إلى فعلهما؛ ألا ترى أنه [لو مد مد](١) مثله، كان الخرق مضافا إليهم حتى كان على الغاصب نصف الخرق، فهاهنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: أن الإمساك قد تحقق من الغاصب، و[قد](٢) لا يكون سببا للخرق، بأن كان قبل المد، وقد يكون مستغرقا بأن كان في حالة المد، فكان الإمساك في نفسه [سببا للخرق](٣) من وجه دون وجه، فاعتبر سببا للخرق إذا كان مدا لا يمد مثله أضيف الخرق إلى المد وحده، بخلاف المد حيث يضاف الخرق [إليه؛ لأن المد سبب للخرق](٤) على كل حال، وقبل الإمساك [لا يحصل فيه الخرق؛ لأن المد بدون الإمساك](٥) يكون أخذًا، ولا يكون مدًا، وإذا كان المد قد تحقق سبب خرقه على كل حال، والإمساك بسبب خرق في حال دون حال أضيف الخرق إلى المدعي كل حال، وأضيف الخرق إلى الإمساك في حال دون حال.

ونظير هذا الممسك للثوب، فإذا كان صاحب الثوب [[ممسكا للثوب](٦) فجاء آخر، ومد الثوب](٧) مد مثله، أو مدًا لا يمد مثله له، كان [الضمان](٨) كله على الماد وأضيف الخرق إلى المد دون الإمساك، وطريقه ما قلنا، وهذه المسألة مذكورة في آخر كتاب العلل، والله أعلم.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بسبب الخرق.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

الفصل السابع

في [رد][١] المغصوب، واسترداده، وفيما يبرأ به الغاصب عن الضمان

إذا رد الغاصب المغصوب على المغصوب منه جواب الكتاب أنه يبرأ من غير فصل، قال شيخ الإسلام في كتاب الإقرار: إن المغصوب منه إن كان [كبيرا بالغا، فالجواب ما قال في الكتاب، وإن كان صبيا إن كان][٢] مأذونا في التجارة، فكذلك الجواب، وإن كان محجورا، أو كان صبيًّا لا يعقل القبض، والحفظ، لا يبرأ عن الضمان، وإذا رده بعد ما تحول عن مكان الأخذ، يبرأ استحسانًا، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أخذ لقطة وردها إلى مكانها إن ردها بعدما تحول عن ذلك المكان، لا يبرأ، وإن ردها قبل أن يتحول عن مكانه يبرأ استحسانا، وإن كان صبيا يعقل القبض، والحفظ فيه اختلاف المشايخ.

وفي فتاوى الفضلي: أنه إذا كان صبيًا يعقل القبض، والحفظ يبرأ عن الضمان من غير فصل.

وفيه أيضًا: إن كان المغصوب دراهم، وقد استهلكها الغاصب، ورد مثل ذلك على الصبي وهو يعقل، يبرأ إذا كان مأذونًا، وإن كان محجورًا عليه، لا يبرأ.

وذكر في كتاب اللقطة: إذا نزع الخاتم من أصبع نائم، ثم أعاده إلى أصبعه [قبل أن ينتبه من تلك النومة، برئ، وإن أعاده إلى أصبعه][٣] بعدما انتبه، ثم نام، لا يبرأ.

وذكر [الكرخي و][٤] الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: أن من أخذ من نائم نعله، أو خاتما كان في أصبعه ثم أعاده إلى مكانه، وهو نائم قال أبو يوسف: إن لم

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، م.

يستيقظ حتى رده برئ، وإن استيقظ، ثم نام، ثم رد، ثم ضاع، ضمن إذا لم ينتبه بعد ذلك.

وقال محمد - رحمه الله -: إن أعاده[١] في مجلسه ذلك، أستحسن أن يبرأ عن الضمان سواء رده في تلك النومة، أو في نومة أخرى، وإلا ضمنه.

وإذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته، ثم نزعه فأعاده إلى مكانه لا يبرأ قال مشايخنا: وهذا إذا لبس كما يلبس ذلك في العادة، فأما إذا كان قميصا، فوضعه على عاتقه، ثم أعاده إلى مكانه، فلا ضمان؛ [لأن][٢] هذا حفظ، وليس باستعمال، في آخر كتاب اللقطة.

وفي المنتقى: ابن سماعه عن محمد - رحمه الله - في رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير أمره، فلبسه ثم رده إلى بيته، فوضعه فيه، فهلك، فلا ضمان استحسانا، [وكذلك [لو أخذ][٣] دابة غيره [من معلفها][٤] بغير أمره، ثم ردها إلى موضعها، فذهبت، فلا ضمان استحسانا][٥]، وإن أخذ الدابة من يد المالك غصبا، ثم ردها، فلم يجد صاحبها، ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلفها، فهو ضامن، نص عليه شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية.

في المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أخذ من دار رجل شيئا بغير أمره، ثم رده إلى ذلك الموضع بعد أيام، لا يبرأ عن الضمان ما لم يرده على صاحبه.

وفيه: ابن سماعة عن محمد في رجل أخذ من كيس رجل خمسمائة دراهم وقد كان في الكيس ألف درهم فذهب ثم ردها بعد أيام فوضعها في الكيس الذي أخذها

---

(١) في م: أعاد.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: قرار بها.
(٥) سقط في أ.

منه، فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذها منه ولا يبرأ منها بردها إلى الكيس.

وفي فتاوى أبي الليث: غصب من رجل ثوبا، وجاء به إلى المغصوب منه، ووضعه في حجره، والمغصوب منه يعلم بالوضع إلا أنه لا يعلم أنه ثوبه، فجاء رجل، وحمله من حجر المغصوب منه قال: أخاف ألا يبرأ عن الضمان؛ لأنه يقع عند المغصوب منه أنه وديعة، ولا يعلم أنه ثوبه؛ ليبالغ في الحفظ، في هذا الموضع أيضًا.

رجل غصب من آخر سفينة فلما ركبها، وبلغ وسط البحر، لحقه صاحبها، فليس له أن يستردها من الغاصب لكن يؤاجرها منه من ذلك الموضع إلى الساحل، وكذلك لو غصب دابة، ولحقها صاحبها في(١) المفازة في موضع المهلكة لا يستردها منه، ولكنه يؤاجرها [منه في](٢) ذلك الموضع إلى موضع الأمن.

وذكر في السير الكبير: إذا استأجر من آخر زقًا يحمل فيه دهنًا مدة معلومة بأجر معلوم فانقضت المدة، وهو بفلاة من الأرض لا يقدر صاحب [الدهن](٣) على أن(٤) يحول دهنه إليه وقد حضرهم الإمام، فإنه [ينبغي](٥) للإمام أن يجبر صاحب الزق أن يحمل دهنه إلى موضع يقدر [أن](٦) يحول دهنه فيه، فكذلك لو أن قوما استأجروا سفينة [مدة](٧) معلومة، فركبوا وحملوا معهم متاعهم فانقضت المدة، وهم في لجة البحر، وقد حضرهم الإمام، [فإن الإمام](٨) يجبر صاحب السفينة على حمل متاعهم في السفينة إلا أن يقدروا على التحول منها بأجر معلوم فقد ذكر هاهنا أن

---

(١) في أ: إلى.
(٢) في أ: من.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: ألا.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

الإمام يجبر صاحب الزق، و[صاحب][١] السفينة على الحمل بأجر معلوم بشرط الإجارة من الإمام.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - أن المستأجر يقول: استأجرت هذه السفينة وهذا الزق كل شهر بكذا، أو يؤاجره آخر[٢] من رفقائه وأصحابه فإن أبى صاحب السفينة أن يعطيه ذلك بعد ذلك استعان المستأجر بأعوانه ورفقائه على ذلك.

قيل: ليس في المسألة روايتان، ولكن [ما ذكر في السير محمول على ما إذا كان الإمام حاضرًا، وإذا كان الإمام حاضرا، فالإمام هو الذي يتولى ذلك، وما ذكر في نوادر ابن سماعة محمول على ما إذا لم يكن الإمام حاضرًا، و][٣] [إذا لم يكن الإمام حاضرًا][٤] يتعين إجارة المستأجر من نفسه، أو إجارة واحد من رفقائه فعلى قياس مسألة الإجارة يقول: في مسألة الغصب إذا أبى صاحب السفينة [والزق][٥] الإجارة فإن كان الإمام حاضرًا يتولى الإجارة بنفسه وإن كان غائبًا يؤاجر الغاصب ذلك من نفسه أو أحد رفقائه.

في العيون: إذا غصب من آخر دابة، أو ثوبًا، أو ما أشبه ذلك، [وهي قائمة بعينها][٦] وأبرأه المالك منه، صح الإبراء، ويكون إبراء عن الضمان[٧].

وفي فتاوى المنتقى: غصب من آخر ساجة وأدخلها في بنائه، أو غصب من آخر تالة، وغرسها [في أرضه][٨]، وكبرت حتى انقطع حق المالك [ثم إن المالك][٩]

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: أحد.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، م: قائم بعينه.
(٧) في أ، م: ضمانه.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.

قال للغاصب: وهبت لك الساجة، والتالة صح، وهذا إبراء عن الضمان في الحال، وإذا أمر المالك الغاصب ببيع [العبد][١] المغصوب صح، ويصير وكيلا، ولا يخرج عن ضمانه بمجرد الأمر بالبيع، وكذا لا يخرج عن ضمانه بمجرد البيع حتى لو هلك العبد قبل التسليم سقط البيع ولزم الغاصب قيمة العبد، وكذلك المغصوب منه إذا باع المغصوب بنفسه قبل التسليم إلى المشتري لا يخرج عن ضمان الغصب، وكذلك المغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يضحي [بالشاة المغصوبة، فقبل أن يضحي][٢] بها، لا يخرج عن ضمانه.

ثم الغاصب إذا باع المغصوب بأمر المغصوب منه، ثم رد المشتري المغصوب بالعيب على الغاصب، إن كان الرد قبل القبض، فهو في ضمان الغاصب على حاله، وإن كان الرد بعد القبض [لا يعود مضمونا ذكر محمد هذه المسألة مطلقة في بيوع الجامع، ولم يفصل بينما إذا كان الرد بعد القبض][٣] بقضاء أو بغير قضاء، وعامة المشايخ أيضا لم يذكروا هذا التفصيل في شروحهم.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - في شرحه أنه إذا رد بعد القبض [بقضاء أنه][٤] يعود مضمونا، وأشار إلى المعنى.

وقال: لأنه إنما خرج عن ضمانه بالتسليم، وقد انتقض التسليم من كل وجه، وصار كأنه[٥] لم يكن، فيعود مضمونًا.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل غصب من آخر عبدًا، ثم استأجره من المغصوب منه، صح، ويصير المستأجر قابضا له بحكم الإجارة بنفس العقد ويبرأ الغاصب عن الضمان، وهذا لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الإجارة، فإذا

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بقضاءه.
(٥) زاد في م: إن.

صار قابضا بحكم[١] الإجارة بنفس العقد صار أمينًا، وارتفع الضمان؛ فلا يعود الضمان بعد ذلك إلا بجناية مستأنفة، وإن مات العبد في مدة الإجارة مات أمانة، ويجب[٢] على الغاصب الأجرة بقدر ما مضى من مدة الإجارة، ويسقط الباقي، وإن مضت الإجارة، والعبد حي، لم يصر مضمونًا[٣].

وفي المنتقى: غصب من آخر عبدًا، ثم إن الغاصب استأجره من المغصوب منه؛ ليعمل[٤] له عملا، فإذا أخذ في ذلك العمل، برئ الغاصب عن الضمان؛ لأن الأجرة وجبت عليه فصار كما لو استأجر المغصوب [منه][٥] الغاصب؛ ليقصر[٦] الثوب، المغصوب بدرهم فقصره ثم ضاع، فهو ضامن على قول من يضمن الآخر؛ لأنه لا مخرج من جناية الغصب حتى يرده، فلا يبطل عنه الضمان، فإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان، فإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار آخر؛ لأنه لا يجتمع أجر وضمان، أما أن يكون له الأجرة فهو ضامن، فهذا حكى وقت الغصب أيضا.

غصب من آخر حانوتا أو دارا، ثم إن الغاصب استأجرها من المغصوب منه وأنه ليس بحضرتهما حين استأجرها منه، ينظر: إن كان هو ساكنا فيها، أو لم يكن إلا أنه أوجب الأجرة عليه حينئذ.

قال في الجامع: ولو أن المغصوب أعار العبد من الغاصب صح، ولكن لا يصير قابضا له بحكم العارية، حتى لو هلك في يد الغاصب قبل أن ينتفع به هلك مضمونا على الغاصب، فإذا انتفع به لا يصير مضمونا بحكم العارية وسقط عنه ضمان

---

(١) في أ: بنفس.
(٢) زاد في أ: الضمان.
(٣) في أ: مغصوبًا.
(٤) في أ: فيعمل.
(٥) في أ: من، وسقط في م.
(٦) في أ: لتقصير.

الغصب، وإذا فرغ من العاربة لا يعود غصبا. بخلاف الرهن: فإن الراهن إذا أعار الرهن من المرتهن وقوع المرتهن من العارية يعود رهنا.

وفي المنتقى: رجل غصب من آخر دابة ومات صاحب الدابة، ثم إن ابن صاحب الدابة استعار الدابة من الغاصب وأعارها إياه وعطبت تحته، برئ من الضمان.

قال الكرخي في كتابه: إذا حدث منه في المغصوب عديا يصير به غاصبا لو أحدث ذلك الغير صار مستردا للمغصوب ويبرأ الغاصب به عن ضمان الغصب، وذلك نحو أن يستخدم المغصوب وما أشبه ذلك، وسواء فيه أن يعرف ذلك أو لا يعرف، ولا يكون الغاصب غاصبا بالغصب الأول كذلك، إلا أن يحدث غصبًا مستقبلاً. وكذلك لو أن الغاصب كسا الثوب المغصوب ولبسه حتى تخرق. وكذلك إذا غصب طعامًا ثم أطعمه وعرفه أو لم يعرفه. وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وعرف أو لم يعرف برئ الغاصب عن الضمان، وإن كان الغاصب خبز الدقيق أو شوى اللحم ثم أطعمه لم يبرأ عن الضمان. وإذا صار لولد المغصوبة ولدان نقصان لأولاده بعدها رد الغاصب الجارية مع الولد على المغصوب منه، ما يبرأ الغاصب عن الضمان النقصان في ضمان النقصان في ظاهر الرواية. وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أنه يبرأ. وإذا الموروث المغصوبة في يد الغاصب لو ردها على المالك ثم زال العور في يد المالك، برئ الغاصب من ضمان ذلك في بيوع الجامع.

❊ ❊ ❊

الفصل الثامن
في السبب إلى الإتلاف

قال محمد - رحمه الله[١] -: إذا وجد دابة مربوطة لرجل [فحل رباطها[٢]، ولم يذهبها][٣]، فذهبت الدابة، فلا ضمان على الذي حلها[٤] [عند أبي يوسف][٥].

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: [يضمن][٦] سواء ذهبت الدابة على الفور، أو بعد ذلك بزمان، وعلى قول محمد - رحمه الله - يجب الضمان.

وكذلك إذا فتح باب دار إنسان وفي الدار دواب، فذهبت الدواب، وكذا إذا فتح قفص إنسان، وطار الطير الذي فيه.

وروي عن محمد - رحمه الله - رواية أخرى: أنه إذا ذهبت الدابة على الفور، أو طار الطير على الفور أنه ضامن، وإن ذهبت، وطار الطير لا على الفور، فلا ضمان عليه.

وفي المنتقى: إذا كانت الدابة مشدودة في مربطها، والباب مغلقًا فجاء إنسان، وحلها، وجاء آخر، وفتح الباب، فإن الضمان على الذي فتح الباب، قال: وكذلك [الغنم][٧].

ولو حل قيد إنسان حتى ذهب العبد، فلا ضمان بالإجماع إلا إذا كان العبد غير ذاهب العقل، فحينئذ يجب الضمان عند محمد - رحمه الله -، وهو والدابة سواء.

وعن محمد أيضا: لو كان العبد مجنونا مقيدا في باب مغلق فحل رجل قيده، وفتح الآخر الباب فالضمان على الفاتح لا على الحال.

---

(١) زاد في م: في كتاب اللقطة.
(٢) في أ: حل الدابة.
(٣) في م: فجاء بها.
(٤) في م: جاء بها.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في أ.

قال الفقيه أبو الليث: وقد ذكر محمد - رحمه الله - في المبسوط أنه لا ضمان في ذلك كله، ولم يذكر فيه اختلافا، ولو حل رباط الزيت، فسال الزيت فإن كان الزيت سائلا، فهو ضامن، ولو كان جامدا، أو ذاب بالشمس، وسال، لم يضمن.

وذكر [في واقعات][١] الناطفي: فيمن جاء إلى سفينة مشدودة، فحلها، وذلك [في][٢] يوم ريح شديد فغرقت السفينة، فهذا على وجهين [إن بقيت][٣] بعد الحل ساعة، أو أقل قليلا[٤]، ثم سارت فغرقت، أو لما[٥] انحلت، لم تقف، وسارت، وغرقت.

ففي الوجه الأول: لم يضمن.

وفي الثاني: يضمن.

نقب حائط إنسان بغير إذن صاحب الحائط، ثم مات الناقب، فدخل سارق من ذلك النقب، وسرق شيئا يضمن الناقب، وصار كما لو فتح [باب القفص][٦]، وطار الطير، ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق.

والفتوى في الناقب: أنه لا يضمن مذكورة في فتاوى أهل سمرقند.

فإن نظر في دن دهن مائع لغيره، فوقعت قطرة من الدم من أنفه في الدن وتنجس الدن، صار ضامنا إذا كان النظر بغير إذن المالك، ثم ماذا يضمن إن كان الدهن مأكولا؟ يضمن مثل: ذلك قدرا، ووزنا، وإن كان الدهن غير مأكول يضمن النقصان.

إذا أوقف الدابة في سوق الدواب، فرمحت، فلا ضمان على صاحبها[٧]، ولو

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ، م: إما أن تثبت.
(٤) في أ: قليل الأوقات، وفي م: الأوقات.
(٥) في م: كما.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: صاحب.

كانت[١] سفنا[٢] واقفة على الشط، فجاءت سفينة، وأصابت هذه الواقفة، وانكسرت الواقفة كان الضمان على الجائية، فإن انكسرت الجائية فلا ضمان على الواقفة.

وفي فتاوى النسفي: طحان خرج بالليل من الطاحونة ينظر [إلى][٣] الماء حين قل الماء، فدخل السارق، وسرق أحمال[٤] الناس، فالطحان ضامن إن بعد عن الباب بعدا يعد به مضيعا.

وفي الحاوي: إذا غصب عجولا، فاستهلكه حتى [ييس لبن أمه][٥] يضمن قيمة العجول، وما ينقص من البقرة.

وإذا سعى [إلى السلطان، وكان معروفا بتغريم من سعى إليه][٦]، فهو ضامن.

وذكر القاضي الإمام الأجل صدر الإسلام في آخر شرح اللقطة: أن السعاية على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون [بحق بأن كان يؤذيه] [٧]، ولا يمكنه دفعه عن نفسه إلا بالرفع إلى السلطان.

وفي هذا الوجه لا ضمان.

وحكى القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي أن المضروب إذا شكى إلى السلطان حتى أخذ السلطان مالا من الضارب: أنه لا ضمان عليه، وكذا إذا كان يفسق، ولا يمتنع عنه بالأمر بالمعروف، فرفع إلى السلطان فأخذ منه مالا، فلا ضمان عليه.

---

(١) في أ، م: كان.
(٢) في أ: سفن.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: حمار.
(٥) في أ: يتبين له أنه.
(٦) في أ: السلطان تعددت أصلا إلى، وفي م: للسلطان بغير ذنب.
(٧) في أ: حربًا.

الوجه الثاني: إن يقول للسلطان: إن فلانا وجد كنزا في داره، وقد عرف أن السلطان يغرم الناس[١]، وقد لا يغرم، فلا ضمان.

الوجه الثالث: أن تكون السعاية بغير حق.

وفي [هذا][٢] الوجه لا ضمان على الساعي في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف خلافا لمحمد، وجعل هذه المسألة فرع مسألة باب القبض قال - رحمه الله -: والفتوى على قول محمد في زماننا؛ لكثرة السعاية؛ زجرا لهم؛ وصيانة لأموال الناس، و[قد][٣] ذكر في فتاوى النسفي: [أنه سئل][٤] عن السعاية بغير ذنب؟ قال: روي عن زفر: أنه ضامن، [قال][٥]، وبه أخذ كثير من مشايخنا.

وفيه أيضا: العبد إذا سعى غيره بغير ذنب إلى السلطان حتى أخذ منه مالا، أن العبد ضامن، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق.

إذا رش الماء في الطريق، فجاء حمار فزلق، وعطب [ذكر في فتاوى أبي الليث أن عليه الضمان ولم يذكر ما إذا زلق به إنسان وعطب][٦].

وذكر محمد في ديات[٧] الأصل: أن على عاقلته الضمان من غير تفصيل.

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام تأويل المشايخ، وأحسن التأويل: إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد المار موضعا يابسا[٨] يمر عليه ففي هذا الوجه الراش ضامن، وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق إن أخذت كل الطريق فمر عليها، وعثر، ومات، فالواضع ضامن.

---

(١) زاد في م: جزافا.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: كتاب.
(٨) في أ: ناشفا.

فأما إذا رش بعض الطريق، فمر إنسان على الموضع الذي رش إن لم يعلم بذلك بأن كان ليلا، وعثر، ومات من ذلك وجب الضمان على الراش، وإن علم بذلك، ومع ذلك مر على موضع الرش، فلا ضمان على الراش [بذلك][(١)].

وكذلك [الجواب في][(٢)] الخشبة الموضوعة في الطريق إذا مر عليها إنسان متعمدًا وإلى هذا أشار محمد في مسألة حفر البئر، وصورتها: إذا حفر بئرا على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ووثب من أحد جانبي البئر إلى الجانب الآخر، وخاطر بذلك، ووقع في البئر، ومات، فلا ضمان على الحافر.

وأما إذا أمر غيره بالرش على فناء[(٣)] الدكان يعني دكان الآمر، فالآمر ضامن، ولا ضمان على الراش، وإن كان بخلافه فالراش ضامن، وإذا رش هو يضمن كيف ما كان، وإذا رش الماء في الطريق، وجاء رجل بحمارين[(٤)]، فتقدم صاحب الحمار إلى أحدهما يقوده، فتبعه الآخر، فزلق رجله، فانكسر رجله، فإن كان صاحب الحمار سائقا لهما [فلا ضمان][(٥)] على الراش، وإن لم يكن [سائقًا لهما][(٦)] فالراش ضامن.

إذا ربط على موضع آخر فجاء آخر، وربط حماره في ذلك الموضع أيضًا، فعض أحد الحمارين الآخر، فإن ربط في موضع كان لهما [فيه][(٧)] ولاية[(٨)] الربط، ولم[(٩)] يكن ذلك الموضع طريقا، ولا ملكا لأحد، فلا ضمان، وإن ربط في موضع ليس لهما [فيه][(١٠)] [ولاية][(١١)] الربط يجب الضمان على [صاحب][(١٢)] الحمار

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: باب.
(٤) في أ، م: حمار.
(٥) سقط في أ، م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، م: وإن لم.
(١٠) سقط في م.

العاض.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: زعم بعض مشايخنا أن المسألة مؤوله[١] في طرق الضمان، وتأويلها إذا عض حمار الرجل [الثاني حمار الرجل][٢] الأول، أما إذا عض حمار الأول حمار الثاني، لا ضمان على الأول، وليس الأمر كما ظنوا، [بل المسألة مجراة على إطلاقها][٣]، والضمان [واجب على صاحب الحمار العاض أيهما كان.

إذا شق راوية رجل، فهو ضامن ما شق][٤] من الراوية، وما سال، وما عطب بما سال منها ما لم يسقها صاحبها، فإن ساقها صاحبها، وهو يعلم بذلك، ضمن صاحبها ما عطب بما سال منها بعد سوقه إليها، ولا يضمن الشاق ذلك، وكذلك لا يضمن الشاق بعد ما سال منها بعد سوقه إذا كان الشاق بحال يمكن لصاحبها دفع ذلك.

وأما إذا كان بحال لا يمكن دفع ذلك، فإن الضمان على الشاق، وكذلك [لو] شق راوية رجل، وسال ما فيها حتى مال الجانب الآخر، ووقع، وتخرق، وسال ما في الزق الآخر كان ضمان ذلك على الشاق إلا إذا شقها رب الدابة مع العلم بالشاق، فحينئذ لا ضمان على الشاق.

وذكر شيخ الإسلام هذه المسألة على هذا الترتيب في آخر[٥] كتاب الإجارات[٦]، وإذا ساق حمارًا عليه [لإنسان][٧] وقر حطب، وكان ثمة رجل واقف في الطريق،

---

(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في م.
(١) في أ: مسوقه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: مجراة على إطلاقه.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: شرح.
(٦) في م: الإجارة.
(٧) سقط في م.

[أو يسير][1]، فقال السائق بالفارسية: برت برت، أو قال: كوست كوست، ولم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب وخرق ثوبه، أو سمعه إلا أنه لم يتهيأ له أن يتنحى عن الطريق لضيق المدة [ضمن السائق ثوبه] [2]، وإن سمع، وتهيأ له التنحي عن الطريق، فلم يتنح، فلا ضمان ذكر المسألة في فتاوى أهل سمرقند، ولم يذكر ما إذا كان الحمار يمشي والرجل يأتي أمامه، وضرب عليه الحطب، وتخرق ثوبه، والجواب في ثياب الرجل الآتي إن لم يكن غافلا، وأمكنه أن يتنحى عن الطريق، ولم يتنح [عن الطريق][3]، فلا ضمان على صاحب الحطب وإن كان الرجل الآتي غافلا، وحصل الخرق بذهاب الحمار ومجيء الرجل يجب أن يكون على صاحب الحطب نصف الضمان على قياس مسألة المكعب، وأجناسها.

وفي النوادر: قصار أقام حمارا على الطريق، وعليه ثياب، فجاء راكب ومزق الثياب، فإن كان الراكب يبصر الحمار، والثوب، يضمن، وإن كان لا يبصر، لا يضمن، وعلى هذا لو وضع الثوب على الطريق، فجعل الناس يمرون عليه حتى تخرق وهم لا يبصرون، لا ضمان عليهم، وكذلك رجل جالس على الطريق فوقع عليه إنسان، فلم يره، فمات الجالس، فلا ضمان عليه.

قال الفقيه أبو الليث: وقد روي عن أصحابنا خلاف ذلك، ولكن لو أفتى مفت بما ذكرنا، لا بأس به.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: [فإذن نفتي][4] لكن في هذه المواضع [الرأي للقاضي][5] قال: وبهذا نفتي.

وعلى قياس مسألة وقر الحطب ينبغي أن يقال في هذه الصورة: إذا كان الراكب

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: على السائق.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

يبصر الحمار، والقصار إن لم [يقل: برت، أو كوست][(١)]، أو قال، ولم يسمع القصار قوله أو سمع، ولكن لم يتهيأ له أن يتنحى، ينبغي له أن يصير الراكب ضامنا إلى آخر ما ذكرنا [والله سبحانه، وتعالى أعلم بالصواب][(٢)].

* * *

(١) في م: يكن يراه لزمه.
(٢) سقط في م.

الفصل التاسع

في غاصب الغاصب، ومودع الغاصب

يخير المالك بين تضمين [الغاصب، وبين][١] تضمين غاصب الغاصب، وكذا يخير بين تضمين الغاصب، وبين تضمين مودعه، وإذا ضمن المالك أحدهما إما الغاصب، وإما غاصب الغاصب، أو مودعه، يبرأ الآخر عن[٢] الضمان.

وأما إذا اختار تضمين أحدهما، ولم يضمنه بعد هل يبرأ الآخر عن الضمان؟ فيه روايتان، فإن ضمن الغاصب الأول رجع الغاصب الأول على الغاصب الثاني، وإن ضمن الغاصب الثاني، فالغاصب الثاني لا يرجع على الأول، وإن ضمن مودع الغاصب إن لم يعلم المودع بكون المال غصبا رجع بما ضمن على الغاصب المودع، وإن علم ذكر شيخ الإسلام: أنه لا يرجع.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن فيه [شبه][٣] اختلاف الرواية.

في المنتقى ابن سماعة عن محمد: إذا اختار المغصوب [منه][٤] تضمين الغاصب الأول، ورضي به الغاصب الأول، أو لم يرض [به][٥] إلا أن القاضي قضى له بالقيمة على الأول، فليس له أن يرجع عن ذلك، ويضمن الثاني وإن لم يرض به الأول، ولم يقض القاضي[٦] للمغصوب منه على الأول كان له أن يرجع عن ذلك، ويضمن الثاني، وإن اختار تضمين الأول، فإن لم يعطه الأول شيئا، وهو معدم، فالقاضي [يأمر الأول][٧] بقبض ماله على الثاني، ويدفع ذلك إلى المغصوب منه،

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: من.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) زاد في م: بالقيمة.
(٧) سقط في أ.

فإن أبى الأول ذلك، فمولى[(١)] العبد إذا أحضرهما قبلت منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول حتى يؤخذ ذلك من الثاني، فيقبضه المغصوب منه.

قال: وهذا بمنزلة رجل له على رجل دين، والمطلوب [منه له على][(٢)] آخر دين [قال: وإن][(٣)] أراد المالك أن يضمن أحدهما بعض القيمة النصف، أو الثلث، أو الربع، كان له أن يضمن الآخر الباقي، فرق بين هذا، وبين ما إذا ضمن الغاصب الأول، أو الثاني كمال القيمة ليس له أن يضمن الآخر، [[ويكون اختياره تضمين أحدهما إبراء الآخر][(٤)].

والفرق: أن تضمين أحدهما كل القيمة إنما هو[(٥)] إبراء للآخر؛ لأن تضمين كل القيمة تمليك لكل المضمون من الذي ضمنه، فلا يملك تمليكه من غيره][(٦)]، وبدون التمليك[(٧)] ليس له حق التضمين، أما تضمين أحدهما بعض القيمة تمليك لبعض المضمون منه، فيملك تمليك الثاني من غير تضمين الآخر ذلك القدر.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب الرجوع: أن من غصب من آخر جارية، وغصبها رجل آخر من الغاصب، وهلكت، أو أبقت من يد الثاني، والمالك لم يملك الغاصب الثاني فضمن الغاصب الأول، ثم علم بالغصب الثاني، فله أن يضمن الثاني.

وفي المسألة[(٨)] نوع إشكال: أن ضمان الغصب يوجب الملك في المضمون للضامن، وقد ثبت الملك للأول حين ضمنه المالك، فلا يمكن إثبات الثاني،

---

(١) في م: ثم إن.
(٢) في م: رجل.
(٣) في م: فإن قال.
(٤) في م: ويضمن اختياره تضمن أحدهما إبراء الآخر.
(٥) في م: أوجب.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: من الغير.
(٨) في أ: المنتقى.

فكيف يثبت للمالك حق تضمين الثاني؟

قلنا: المالك في تضمين الأول مضطر بأن لم يعلم [الثاني][١]، فكان[٢] في معنى المكره على التمليك، وللمكره على التمليك حق فسخ التمليك، ففسخ التمليك يقتضي تمليك[٣] الثاني [وتصير الجارية مملوكة للثاني][٤].

قال في الجامع الكبير: رجل غصب من آخر جارية قيمتها ألف درهم فغصبها من الغاصب رجل، وقيمتها يوم الغصب الثاني أيضا ألف درهم، فأبقت من الغاصب الثاني، للأول أن يضمن الثاني قيمتها، وإن لم يضمن المالك الأول، فإذا أخذ الغاصب الأول القيمة، برئ الثاني عن الضمان، وتكون القيمة المأخوذة من الثاني مضمونة على الغاصب الأول حتى لو هلكت في يد الغاصب الأول، كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمتها يوم الغصب؛ لأن الغاصب الأول لو أخذ الجارية كانت الجارية مضمونة، فكذلك إذا أخذ القيمة، فإذا حضر المالك كان له الخيار إن شاء أخذ من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثاني من جهة المالك، وإن شاء ضمن الأول قيمتها ابتداء بالغصب، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثاني من جهة المالك، [وإن شاء ضمن الأول قيمتها ابتداء بالغصب][٥]، ثم تصير للغاصب الثاني من جهة الغاصب الأول، فإن كانت قيمة الجارية يوم الغصب الأول ألف درهم، ويوم الغصب الثاني ألفي درهم، ثم أبقت من يد الثاني وأخذ الأول من الثاني ألفي درهم، وهلكت في يد الأول لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم؛ لأن أخذ القيمة قيمة الزيادة المتصلة الحادثة في يد الغاصب، وإنها أمانة [في يد الغاصب][٦] عندنا، فكذلك ما قام

(١) سقط د في أ.
(٢) زاد في أ: الثاني.
(٣) في م: تضمين.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ، م.
(٦) سقط في أ.

مقامها؛ ألا ترى أن الجارية لو كانت حاضرة فاستردها الأول كان الفضل على الألف أمانة عنده كذلك إذا أخذ[(١)] الأول القيمة، فلهذا لا يضمن الفضل، وإنما يضمن قيمتها [يوم الغصب][(٢)] ألف درهم.

ولو أن المولى حضر والقيمة في يد الغاصب الأول باقية[(٣)] على حالها، وقد ظهرت الجارية، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ الجارية حيثما وجدت، وإن شاء أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول من الثاني، وإن شاء ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم الغصب، وهذا مشكل من وجهين:

أحدهما: أنه جعل للغاصب الأول سبيلا من تضمين الثاني، وإن لم يجعل له سبيلا من تمليك الجارية حتى قال: [إن المولى فوض إليه][(٤)] أخذ الجارية حيث ظهرت، وإن كان الملك ثبت، فالمضمون ضرورة الاستيفاء.

والثاني: وهو أنه جعل للمولى تضمين الغاصب الأول بعد ظهور الجارية والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

والجواب عن الإشكال[(٥)] الأول بأن نقول: إن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك، في التضمين حتى يصير نائبا عنه [في تمليك الجارية][(٦)]، وأنه فوت عليه اليد لكن إنما كان للأول تضمين الثاني، ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد، أما التمليك ليس من ضروراته كما في المدبر، إلا أن عدم الوقوف بمكان الجارية الحالة حالة الاستيفاء [لا غير وهو بسبيل من ذلك، أما بعدما ظهرت الجارية الحالة حالة الاستيفاء][(٧)] وحالة تمليك الجارية هو سبيل من

---

(١) في أ: ضمن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: قائمة.
(٤) في م: المولى له.
(٥) في أ: السؤال.
(٦) في أ: عنه.
(٧) سقط في أ.

الاستيفاء، أما ما ليس سبيلا من تمليك الجارية فكان بمنزلة الفضول، فيتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز، أخذ القيمة، وإن رد كان حقه استرداد الجارية.

وأما الجواب عن الإشكال الثاني، فأما قوله: ظهرت الجارية عرف مكانها؛ لأنها وصلت إلى مكانها.

قلنا: [المعرفة بمكان][(١)] الجارية لا يمنع المصير إلى القيمة، فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة التي أخذها؛ لأن المعوض استحق من يده، فإن كانت القيمة [قد هلكت في يد الأول، ضمن الغاصب الأول ذلك للغاصب الثاني؛ لأن الأول أخذ القيمة][(٢)] بدلا عن المعوض، فيكون مضمونا عليه كالثمن على البائع، ولا يرجع الغاصب الأول بذلك على المغصوب [منه][(٣)]؛ لأن الغاصب الأول [ليس][(٤)] بوكيل عن المالك أصلا، فالرجوع بالعهدة حكم الوكالة، وإن كان أخذ المولى من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني، سلمت الجارية إلى الغاصب الثاني، لنفاذ التمليك على المالك، وإن ضمن المولى[(٥)] الغاصب الأول قيمة الجاريه يوم الغصب الأول، سلمت القيمة التي أخذها الغاصب الأول له؛ لأنه تبين أنه تملكها من وقت الغصب الأول، وكان[(٦)] الثاني غصب ملك الأول، فكان [الضامن الأول][(٧)]، إلا أن الأول يتصدق بأحد الألفين، وهو الفضل عن القيمة التي أداها إلى المالك، وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد.

أما على قول أبي يوسف: لا يتصدق بشيء، بل يطيب له؛ لأن شرط الطيب

---

(١) في م: مكان.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: المالك.
(٦) في م: لأن.
(٧) في م: الضمان للأول.

عندهما الملك، والضمان هاهنا إن كان واجبا وقت [المسائلة فالملك][١] لم يكن.

وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - شرط الطيب الضمان لا غير، وقد ورد ذلك هاهنا، وأصل [المسألة][٢]: المودع إذا باع الوديعة فربح، ثم ضمن هل يطيب له الربح؟ فهو على الاختلاف.

قال: وليس للغاصب الثاني أن يطأ الجارية حتى يختار المولى أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول، ويختار ضمان الغاصب الأول؛ لأن الملك قبل ذلك موقوف، والحل لا يثبت بالملك الموقوف

فإن كانت الجارية حاضت حيضة بعدما أخذ الأول القيمة من الثاني قبل أن يختار المولى شيئًا من ذلك لا يجتزأ بتلك الحيضة؛ لأن الملك موقوف، والحيضة إذا وجدت بعد ثبوت الملك قبل وجود اليد لا يجتزأ بها عن الاستبراء فإذا حصلت[٣] قبل [ثبوت الملك][٤] فلأن لا يجتزأ بها كان أولى، ولو كان الغاصب الأول أقر بقبض القيمة من الغاصب الثاني فهذا، وما لو ثبت أخذ القيمة بإقامة البينة سواء، غير أن بينهما فرقا من وجه: أن في هذه الصورة كان للمولى أن يضمن الثاني. وفيما إذا ثبت ذلك بالبينة ليس للمولى تضمين الثاني.

والفرق: أن حق تضمين الثاني قد ثبت للمالك بكونه عليه للغاصب إلا [إذا][٥] كان يضمن الأول الثاني، يبطل هذا الحق للمالك، وذلك[٦] أن ما ثبت [هاهنا][٧] بإقرار الأول، والإقرار حجة قاصرة، فلم يظهر أخذ الأول القيمة من الثاني في حق

---

(١) في م: الملك.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: حاضت.
(٤) في م: موت المالك.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: وكذلك.
(٧) سقط في م.

بطلان حق المالك[1] بتضمين الثاني بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك [أخذ القيمة][2] ثبت بما هو حجة عامة أما هاهنا بخلافه، فكان[3] المعنى فيه أن الغاصب الأول إنما يملكه بالاستيفاء؛ ليتمكن من [إقامة ما هو][4] عليه من فعل الرد، وهذه الضرورة تندفع بحقيقة الاستيفاء، ولا ضرورة إلى الإقرار بالاستيفاء.

وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم أقر الغاصب بقبض القيمة، وكذلك لو أقر الأول بقبض الجارية من الثاني، وأقر أنها ماتت عنده، لم يقبل قوله حتى كان للمالك أن يضمن الغاصب الثاني في[5] هذه الوجوه كلها؛ لما ذكرنا.

ويرجع الغاصب الثاني[6] بالقيمة؛ لأن إقراره بالاستيفاء صحيح في حقه، وإن لم يصح في حق الغاصب.

إذا رد المغصوب على الغاصب برئ عن الضمان، نص عليه في آخر الوديعة.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في نكت المسألة: براءة غاصب الغاصب إذا رده على المالك.

قال الفقيه أبو القاسم الصفار - رحمه الله -: كان خلف بن أيوب - رحمه الله-، وأبو مطيع البلخي يقولان: غاصب الغاصب لا يبرأ بالرد على الغاصب.

قال صاحب الجامع الأصغر: إن كان يرجو أن الغاصب الأول يريد رده على صاحبه رجوت أن يبرأ.

وفي فروع الغصب: إذا رده على الغاصب اختلف المشايخ أيضا [فيه][7] وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - يفتي ببراءته، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في م: الملك.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: لأن.
(٤) في م: إقامتها.
(٥) في م: ففي.
(٦) في م: الأول.
(٧) سقط في م.

الفصل العاشر

في الأمر بالإتلاف، وما يتصل به

إذا أمر غيره بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ، ولا[١] رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح.

وفي كل موضع لم يصح [فيه][٢] الأمر، فالضمان على المأمور من غير رجوع.

وأما الجاني إذا أمر العوان بالأخذ قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: فيه نظر باعتبار الظاهر، ولا ضمان على الجاني وإنما الضمان على الآخذ[٣]، وباعتبار السعاية يجب الضمان على الجاني، فيتأمل عند الفتوى والمختار أنه لا يجب الضمان على الجاني.

وأما الجاني إذا أرى[٤] العوان بيت[٥] صاحب الملك، ولم يأمره بشيء، أو الشريك إذا أرى العوان بيت الشريك حتى [إذا][٦] أخذ المال أو أخذ من بيته رهنًا بالمال الذي [طولب به؛ لأجل][٧] ملكه، فضاع الرهن، فالشريك، والجاني لا يضمنان بلا شبهة، والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأنه لم يوجد منهما أمر، ولا حمل ودفع العوان في الجملة ممكن بطريق وأما إذا دفع السلطان فغير ممكن.

وإذا أمر الرجل غيره بأن يذبح له هذه الشاة، وكانت الشاة لجاره، ضمن الذابح علم أن الشاة لغير الآمر[٨]، أو لم يعلم، وهل يرجع بالضمان على الآمر إن علم أن [الشاة لغير الآمر حتى علم أن الأمر به][٩] لم يصح؟ لا يكون له حق الرجوع، وإن

---

(١) في م: فلا.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الآمر.
(٤) في أ: أمر.
(٥) في أ: ثبت.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ: ظن أنه لأجله.
(٨) في م: الإمام.
(٩) بدل ما بين المعقوفين في م: الآمر.

لم يعلم حتى ظن صحة[١] الأمر رجع.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه المسألة مع أجناسها.

في شرح كتاب [أبي الليث][٢]: سئل أبو بكر عن رجل جاء بدابة إلى شط نهر ليغسلها، وهناك رجل واقف، فقال الذي جاء بالدابة للرجل الواقف أدخل هذه الدابة النهر، فأدخلها، فغرقت الدابة، وماتت، والآمر سائس الدابة إن كان الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم للغسل، والسقي، لا ضمان على أحد؛ لأن للسائس أن يفعل ذلك بيده، أو بيد غيره، وإن لم يكن الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم فلصاحب الدابة الخيار إن شاء ضمن [[السائس، وإن شاء ضمن][٣] المأمور][٤] هكذا ذكر هاهنا وفيه نظر، وينبغي ألا يجب الضمان على الآمر، وهو السائس؛ لأن مجرد الأمر بالإتلاف إنما يوجب الضمان على الآمر إذا كان الآمر هو السلطان، ومن بمعناه، فإن ضمن[٥] السائس لا يرجع السائس على المأمور [وإن ضمن المأمور][٦] إن كان المأمور لم يعلم أن الآمر سائس الدابة حتى ظن صحة الأمر رجع على السائس.

وفيه أيضا: رجل قال لغيره: اخرق [ثوبي][٧] هذا، وألقه في الماء ففعل المأمور ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره، لكن يأثم؛ لأنه أضاع[٨] المال بلا فائدة.

في العيون قال لآخر: احفر لي بابا في هذا الحائط، ففعل، فإذا [الحائط][٩]

---

(١) في م: وهل يرجع بالضمان حتى صح.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: الآمر.
(٥) في م: حضر.
(٦) سقط في أ، م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: إضاعة.
(٩) سقط في م.

لغيره، ضمن الحافر؛ لأنه أتلف ملك الغير، ويرجع على الآمر؛ لأن الأمر قد صح بزعمه، فإنه قال: احفر لي، فإنه يدل على كونه مالكًا، فكذلك إذا قال: احفر في حائطي، أو لم يقل ذلك لكن [كان][1] ساكنًا في تلك الدار؛ لأنه من علامات الملك.

وكذلك إذا استأجر على ذلك؛ لأنه من علامات الملك أيضا، ولو لم يقل لي في حائطي، ولم يكن ساكنا في تلك الدار، ولم يستأجره على ذلك فلا رجوع له على الآمر؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه، وهذه المسألة تخالف مسألة ذبح الشاة التي تقدم ذكرها في الصفحة المتقدمة على هذه الصفحة [والله سبحانه، وتعالى أعلم بالصواب][2].

* * *

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

الفصل الحادي عشر
في ملك الغاصب المغصوب
وفي الانتفاع به، وفي التصرف في المغصوب، وفي اكتساب المغصوب

ذكر في فتاوى أبي الليث عن الفقيه أبي بكر الإسكاف: فيمن غصب من آخر لحمًا، وطبخه، أو حنطة، وطحنها، صار المال له، ووجب عليه القيمة فأكله حلال في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وفي قول أبي يوسف: أكله حرام قبل أن يرضى صاحبه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: غصب من آخر طعامًا، فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكًا له، فلما ابتلعه ابتلعه حلالا في قول أبي حنيفة خلافا لهما بناء على [أن][١] شرط الطيب الملك بالبدل عند أبي حنيفة.

وعندهما: أداء البدل.

حكي عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفي - رحمه الله تعالى - [أنه][٢] كان لا يصحح ما ذكر عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في هاتين المسألتين، وكان ينكر أن يكون ذلك قول أبي حنيفة، وكان يقول: الصحيح عند المحققين من مشايخنا[٣] مذهب أصحابنا أن الغاصب لا يملك المغصوب إلا عند أداء الضمان، أو قضاء القاضي بالضمان، أو تراضي الخصمين على الضمان، فإذا وجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة ثبت الملك، ولا يحل للغاصب تناوله؛ لأنه استفاده بفعل لا يحل فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض، إلا أن يجعله صاحبه في [حل][٤]، فحينئذ يباح له لانقطاع ذلك السبب.

وفي القدوري: غصب حنطة، وزرعها فعليه مثلها، ويتصدق بالفضل، ويكره

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في أ: على قصة.
(٤) سقط في م.

الانتفاع بها حتى يرضى صاحبها، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف [على][(١)] ما روى عنه بشر: لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان، وعلى ما روى عنه هشام يكره الانتفاع.

فرق أبو يوسف بين هذه المسألة، وبين ما إذا غصب من آخر حنطة، وطحنها على رواية بشر، فإن في تلك المسألة يكره الانتفاع قبل أداء الضمان عنده باتفاق الروايات.

والفرق: أن الطحن ليس بإتلاف حقيقة، وإنما هو يغير صفة العين، فجاز أن يبقى حق المالك لقيام العين، وأما الحنطة إذا زرعت هلكت ولم يبق لها عين يتعلق بها حق المغصوب منه فلم يكره الانتفاع به قبل أداء الضمان هنا[(٢)].

وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: إذا غصب نوى وغرسه فاتخذ منه نخلا فلا بأس بالانتفاع به قبل أن يرضى صاحب النوى؛ لأن النوى يعفن، ويهلك والتالة تزيد من نفسها، وأبو حنيفة ومحمد، وأبو يوسف على رواية هشام إنما كرهوا الانتفاع قبل أداء الضمان حتى لا يصير سببًا يبيح تناول أموال الناس بالباطل.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الشاة المغصوبة إذا ذبحها، وشواها لم يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحدا حتى يضمن، وإن كان صاحبها حاضرًا، أو غائبًا لا يرضى بالضمان لا يسع له الأكل، وإذا دفع الغاصب قيمتها، حل له الأكل؛ لأن حق المالك صار مؤدى بالبدل، [فإذا أخذ][(٣)] المالك القيمة، أو ضمنه الحاكم؛ لأن الحاكم لا يضمنه إلا بعد طلبه، فكان راضيا به، فإذا أخذ المالك القيمة بزعم الغاصب ثم ظهر المغصوب كان للمالك الخيار إن شاء رضي بتلك القيمة، وترك المغصوب للغاصب، وإن شاء أخذ المغصوب، ورد ما أخذ على الغاصب.

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: هذا.
(٣) في م: وكذلك إذا ضمن.

قال الكرخي: إنما يكون له الخيار إذا ظهر أن قيمة المغصوب، أكثر مما قاله الغاصب، أما إذا كان مثله، أو دونه، فلا معنى للخيار.

[وغيره من المشايخ قالوا: الخيار][(١)] على كل حال، فإطلاق محمد في الكتاب يدل على هذا القول.

قال شمس الأئمة الحلواني: إذا ظهر أن قيمتها مثل ما قال الغاصب سوى الجواب فيه.

[قال في موضع آخر: لا خيار للمولى، ولا سبيل له عليها][(٢)].

وقال في موضع آخر: له الخيار، وإن كان ما أخذ أضعاف قيمتها.

ولو كان المغصوب أمة فأخذ المالك قيمتها بقول الغاصب، ثم ظهرت الأمة، لا يسع الغاصب وطؤها، [وما][(٣)] كان للمغصوب منه فيها خيار، وهذه المسألة دليل على أن المغصوب منه إذا أخذ الضمان بقول الغاصب لا يملك الغاصب [المغصوب][(٤)]، فهذا فصل اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: يثبت الملك للغاصب، ولكن للمغصوب منه الخيار؛ لانعدام تمام الرضا.

وقال بعضهم: لا يملكه الغاصب[(٥)]؛ ألا ترى أنه لم يحل للغاصب وطؤها، ولو ملكها يحل وطؤها.

اشترى جارية بثوب مغصوب لا يحل له وطؤها قبل أداء الضمان، وكذلك إذا اشترى طعاما بثوب مغصوب، لا يحل له أكله [قبل أداء الضمان][(٦)]؛ لأنه لو [استحق][(٧)] الثوب يلزمه رد الجارية، ولو تزوج امرأة بثوب مغصوب [الرجل][(٨)]

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في أ، م: وهذه المسألة دليل على أن هذا القول.
(٦) سقط في م.
(٧) في أ، م: لم يستحق.

يحل له وطؤها؛ لأنه لو استحق الثوب [لا يبطل][١] النكاح.

في أول غصب شمس الأئمة الحلواني.

وفي المنتقى: ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل غصب من آخر ألف درهم، وتزوج بها امرأة، أو اشترى بها ثوبًا، وسعه وطء المرأة، ولبس الثوب قال[٢]: إن العقد جاز [على][٣] ألف درهم، ولم يقع على تلك [الدراهم][٤] بعينها، فلا أبالي نقدها أو غيرها.

وفيه أيضا: لو اشترى بالألف المغصوبه أمة أو ثوبًا ودفع الألف في الثمن للبائع ثم باع الأمه أو الثوب بفضل، طاب له الفضل.

وفيه أيضا: إبراهيم عن محمد: غصب من آخر دراهم، فاشترى بها دنانير، قال: لا يسعه أن ينفق الدنانير؛ لأن الدراهم إذا استحقت بعدما افترقا، انتقض البيع في الدنانير فإن قضي على صاحب الدراهم بمثلها حلت له الدنانير.

اشترى بدراهم مغصوبة اكتسبها من الحرام شيئًا، فهذا على وجوه: إما أنه دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا، ثم اشترى منه بتلك الدراهم، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم، ودفعها، أو اشترى قبل الدفع، بتلك الدراهم ودفع[٥] غيرها، أو اشترى مطلقا، ودفع تلك الدراهم، أو اشترى بدراهم أخرى، ودفع تلك الدراهم.

وفي الوجوه كلها لا يطيب له التناول قبل الضمان يعني قبل ضمان الدراهم[٦]، وبعد الضمان يطيب له الربح هكذا ذكر في الجامع الصغير.

---

(٨) سقط في أ.
(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ، م: من قبل.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: المرأة.
(٥) في م: ودفعها.
(٦) زاد في م: يعني.

قال أبو الحسن الكرخي: هذا الجواب صحيح في [الوجه][١] الأول، والثاني، أما في الوجه الثالث[٢]، والرابع، والخامس يطيب.

قالوا: والفتوى على قول أبي الحسن - رحمه الله -؛ لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا تقرير أبي الشيخ الإمام الأجل الشهيد - رحمه الله -، ذكره في الباب الأول من شرح الواقعات.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: وهذه المسألة ذكرها هشام بتمامها في نوادره عن محمد - رحمه الله - أحد وجوهها: إن اشترى شيئا، ونقد[٣] الدراهم التي فيها الخبث، ويضيف العقد إليها، ينقد[٤] منها، وفي هذا الوجه: المشتري لا يحل [له][٥].

الوجه الثاني: أن يضيف العقد إلى تلك الدراهم التي فيها الخبث، إلا أنه لم ينقد من تلك الدراهم وإنما نقد من مال آخر لا خبث فيه، وفي هذا الوجه أمر المشترى يكون أهون من الأول، ولا يكون خبثا شديدا على الوجه الذي نقد من ذلك المال، بل يكون فيه نوع خبث، لأجل الإضافة إلى تلك الدراهم.

الوجه الثالث: أن يشتري شيئًا ولا يعين تلك الدراهم ولا يضيف العقد إليها، ولكن ينوى بقلبه أن ينقد من تلك الدراهم، وإنه على وجهين:

إن حقق نيته بأن ينقد من تلك الدراهم كما نوى، وفي هذا الوجه اختلاف المشايخ:

قال بعضهم: المشترى يطيب له.

وقال بعضهم: لا يطيب له، قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: وهو

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الثاني.
(٣) في م: ويعين.
(٤) في م: وينقد.
(٥) سقط في م.

الأصح.

وإن لم يحقق نيته بأن [لم][١] ينقد من تلك الدراهم يطيب له المشترى؛ لأنه لو لم يطب إنما لم يطب بمجرد [الهم، و][٢] العزم والعزم[٣] لا أثر له، قال - عليه الصلاة والسلام -: «إن الله تعالى عفا عن أمتي ما تحدث به أنفسهم ما لم يعملوا، أو يتكلموا»[٤].

الوجه الرابع: أن يشتري شيئا، ولا يعين تلك الدراهم، ولا يضيف العقد إليها، ولا ينوي بقلبه أن ينقد منها، ثم نقد منها، وفي هذا الوجه المشترى حلال يطيب له.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: ولو لم يعين تلك الدراهم، ولم يضف العقد إليها إلا أنه يعلم أنه ينقد منها فنوى ألا ينقد بعد العلم بأنه[٥] ينقد، لا يطيب له المشترى، وإنما يطيب له إذا نوى ألا ينقد منها شيئا، وسكن قلبه [على ما نوى][٦]، واستقر، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقد منها، فنقد فإنه إذا نوى ألا ينقد منها مع علمه أنه ينقد، لا يطيب له الكسب.

قال في الكتاب: إذا أعطاه بعد ذلك لم يفسد ذلك عليه [ملك][٧] ربح متاعه، ولم يحرمه[٨]، وهذا يشير إلى أنه لو أعطى قبل المشتري أنه لا يحل له المشترى.

قال هذا شمس الأئمة - رحمه الله -، وهنا فصل آخر لا بد من معرفته أن من اشترى طعاما بثمن فيه خبث، هل يكون عين ذلك الطعام حرامًا، أو يكون التناول

---

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: ولكان.

(٤) أخرجه البخاري (١١/ ٥٥٧) كتاب الأيمان والنذور، باب: إذا حنث ناسيًا، حديث (٦٦٦٤)، ومسلم (١/ ١١٦) كتاب الأيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس، حديث (٢٠١/ ١٢٧).

(٥) في م: أنه.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: يخرجه.

منه حراما والعين لا يكون؟

وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: عينه حرام.

وقال بعضهم: التناول منه حرام؛ ألا ترى أن الحائض عينها ليس بحرام حتى لا يسقط الإحصان بوطء الحائض، ووطؤها حرام.

إذا لبس المغصوب، ثم استرده المالك مع الكسب لا يتصدق بالكسب، ولو ضمن الغاصب القيمة عند الهلاك والإباق حتى صار الكسب له تصدق بالكسب، في باب الكسب، والغلة من الزيادات.

غصب من آخر جارية، وباعها من غيره والمشتري لا يعلم بكونها مغصوبة فوطئها المشتري، وولدت منه ولدا، وماتت في يده، ثم أقام المغصوب منه البينة على أن الجارية جاريته، فللمالك أن يأخذ المشتري بالعقر سواء اختار تضمين البائع، أو تضمين المشتري، أما إذا اختار تضمين المشتري؛ فلأن المشتري - ملك الجارية - بأداء الضمان من حيث وقت الغصب السابق، [والغاصب][1] متى ملك المغصوبة بأداء الضمان، وقد هلكت في يده بعدما وطئها، لم يملك العقر، [وهذا تنصيص أن العقد][2] لا يملك بأداء الضمان في باب الغصب. وفي المبيعة بيعا فاسدا، فيكون للغاصب في ملك العقر روايتان.

والحاصل: أن[3] ملك الغاصب عند أداء الضمان يظهر في حق الكسب باتفاق الروايات، [ولا يظهر في حق ملك الولد باتفاق الروايات][4].

وفي العقر روايتان.

فأما إذا اختار تضمين البائع، فكذلك للمالك أن يأخذ المشتري بالعقر، وإنه

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في أ: في.
(٤) سقط في م.

مشكل؛ لأن البائع لما ضمن ضمان الغصب فقد نفذ البيع الذي[١] باشره؛ لأنه ملكها بأداء الضمان من وقت الغصب، والبيع كان بعد ذلك فينبغي أن [لا][٢] يملك المشتري المغصوب، والجواب أن الملك في المغصوب [عند أداء الضمان][٣] ثبت مستندًا، والمستند ثابت في الحال من وجه وظاهر من وجه، فاعتبرنا شبهة الظهور في حق الكسب، واعتبرنا شبهه الاقتصار في حق الولد، وألحق العقر بالكسب في أحد الروايتين.

وفي أظهر الرواية[٤] ألحق بالولد؛ لأن المشتري بالوطء صار هالكًا، ووجب ضمانه، والاستناد لا يظهر في حق الهالك، وما وجب من الضمان لا يسقط بالشك.

إذا ثبت أن ملك الغاصب بأداء الضمان ثبت على وجه لا يظهر في حق سقوط العقد فنقول: ملك المشتري بناء على ملك الغاصب ينفذ الشراء، ويثبت الملك للمشتري على وجه لا يظهر في حق سقوط العقد، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في شرح الجامع، وفي كتاب السير. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(١) زاد في أ: كان.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: من.

الفصل الثاني عشر
في الدعوى الواقعة في الغصب، واختلاف الغاصب والمغصوب منه، والشهادة في ذلك

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا ادعى رجل [على رجل][١] أنه غصب منه جارية، وأقام على ذلك البينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها، ويردها على مالكها.

قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن تحفظ هذه المسألة؛ قال: لأنه أقام بينة أنه غصب له [جارية][٢]، ولم يبين جنسها، ووصفها، ومن المشايخ من شرط بيان الجنس، والصفة، والقيمة، وأول ما ذكر في الكتاب على هذا الوجه.

وحكي عن أبي بكر الأعمش أنه كان يقول: تأويل المسألة: أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب أنه غصب منه جارية، فثبت غصب الجارية بإقراره في حق الجنس، والقضاء جميعا، والصحيح أن هذه البينة تقبل في حق الجنس، [من غير بيان الجنس][٣] والصفة، والقيمة.

وإذا حبسه القاضي، وأحضر المحبوس جارية، فإن اتفق الغاصب، والمغصوب منه أن جاريته هذه، يقضى بها للمغصوب منه، وإن أنكر الغاصب أن تكون هذه [هي][٤] الجارية يقضى بها للمغصوب منه، وإن أنكر الغاصب أن تكون [هذه][٥] الجارية جارية المدعي، وادعاها المالك، لم يقض بها للمغصوب منه ما لم يقم البينة أنها هي الجارية التي غصبها منه فإن قال الغاصب: قد ماتت الجارية، أو بعتها، ولا أقدر عليها، إن صدقه المغصوب منه [في ذلك خلي سبيله، وقضي عليه

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

بالقيمة إن أراد المغصوب منه][١]، وإن كذبه يحبس، وينتظر ويتلوم، فإذا مضت مدة يقع في غالب رأي القاضي أنه لو كان قادرا لما تحمل [مرارة الحبس][٢] إلى مثل هذه المدة، فالقاضي يخلي سبيله.

قال شمس الأئمة: وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة فإن لم يعرف منه الرضا، ومضت مثل هذه المدة، فالقاضي يخلي سبيل المدعي، وبعد هذا القاضي يقول للمغصوب [منه][٣]: ماذا تريد؟ ضمان القيمة، أو التلوم إلى أن تظهر الجارية؟ إن قال: ضمان القيمة إذا اتفقا على القيمة قضى القاضي بتلك القيمة، وإن اختلفا: فإن كان للمدعي بينة على ما ادعى، قضي بتلك البينة[٤]، وإن لم يكن، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله ما قيمته إلا عشرين درهما، ذكر هذه الكيفية في غصب الأصل قبل مسألة الخلطة[٥].

فإذا أبى حلف، وأدى القيمة، ثم [إن][٦] ظهرت الجارية كان للمالك الخيار، إن شاء رضي بالقيمة التي أخذها، وإن شاء ردها وأخذ الجارية.

قال شيخ الإسلام: قال بعض مشايخنا: إذا كان المأخوذ مثل قيمة الجارية، أو أكثر لا يكون للمالك الخيار في استرداد الجارية، وقد مضى الكلام فيه من قبل، وإذا ماتت [الدابة][٧] المغصوبة، ووقع الاختلاف بين الغاصب، والمغصوب منه فقال [الغاصب][٨]: رددت الدابة عليك، وتلفت عندك. وقال المغصوب منه: لا بل تلفت عندك من ركوبك. ولم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول رب الدابة،

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: حرارة الحمل.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: القيمة.
(٥) في م: الخلط.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

وذلك؛ لأن الغاصب أقر بالسبب الموجب للضمان، وهو الغصب، وادعى ما يبرئه، فيكون القول قول صاحب المال كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، أو أخذت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال كان القول قوله؛ لما ذكرنا أنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه، فلم يصدق إلا ببينة، فكذلك هذا.

فإن أقام الجميع البينة، أقام رب الدابة البينة بتلفها[١] عند الغاصب من ركوبه، وأقام [الغاصب البينة][٢] أنه قد ردها عليه، ثم ماتت في يده، فإن الغاصب يضمن قيمتها.

فرق بين هذا، وبين ما إذا كانت البينة أنه ردها على المالك، وأقام المغصوب منه البينة أنها نفقت[٣] عند الغاصب، ولم يشهدوا أنها نفقت[٤] من ركوبه. قال: لا ضمان على الغاصب.

وبين المسألتين فرق من حيث الصورة، ولا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وذلك؛ لأنا نعلم ماذا[٥] ذكر جميعا في الموضوعين[٦]، فكان الأمرين كأنا نجعل في المسألة الأولى كأن الغاصب رد ثم ركب بعد الرد، ونفقت[٧] من ركوبه، ويجعل في المسألة الثانية كأنه ردها، ثم نفقت عند الغاصب بعد الرد إلا أن العمل بالبينتين جميعا في مسألة الركوب يوجب الضمان؛ لأنه متى ردها على المالك، ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه ضمن، ويكون هذا غصبا آخر، وصار ضامنا، والعمل بالبينتين في المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضمانا؛ لأنه متى رد،

(١) في م: لهما.
(٢) في أ: يضمن.
(٣) في أ: تلفت.
(٤) في أ: تلفت.
(٥) في أ: ما.
(٦) في أ: الموضعين.
(٧) في أ: وتلفت.

ثم نفقت الدابة [من الركوب][(١)] بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه بأن انفلتت الدابة بعد الرد، ونفقت عنده لا يكون ضمانها عليه، فكذلك هذا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في [شرحه في][(٢)] مسألة الفرق أن ما ذكر: أنه لا ضمان على الغاصب على قول محمد.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - هو ضامن.

وإذا اختلف رب الثوب، [والغاصب في قيمة الثوب][(٣)]، وقد استهلكه الغاصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه ينكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛ لأنها تثبت[(٤)] الزيادة، وإن لم يكن لرب الثوب بينة، وجاء الغاصب ببينة [تنفي الزيادة، [و][(٥)] أن قيمة ثوبه [كانت][(٦)] كذا، [وكذبه][(٧)] رب الثوب، وسئل يمينه مع[(٨)] الغاصب، فإنه يحلف على دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفي الزيادة][(٩)]، والبينة على النفي لا تقبل.

قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين؛ ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد العين، يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته، وطريقه ما قلنا.

وبعض مشايخنا قالوا: ينبغي أن يكون في كل فصل روايتان.

[وكان][(١٠)] القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: هذه المسألة

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في أ: مع.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وكذا.
(٨) في م: يعني.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في م.

غدت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين [مسألة][١] الوديعة، وبين هذه المسألة، وهو الصحيح.

في المنتقى: غصب من آخر عبدًا، فوجد المغصوب منه عبدًا فأخذه، وفي يده ماله، فقال الغاصب: مالي.

و[قال المغصوب منه: مالي][٢]، روى ابن سماعة [عن أبي يوسف - رحمه الله -: إن كان العبد في منزل الغاصب، والمال في يده، فهو للغاصب، وإن لم يكن في منزل الغاصب، فهو للمغصوب منه.

بشر][٣] عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا قال غاصب الثوب: صبغت الثوب أنا.

وقال المغصوب منه: غصبته مصبوغًا، فالقول قول المغصوب منه.

وعلى هذا إذا اختلفا في بناء الدار، وحلية السيف، وهكذا روي عن أبي عمرو عن محمد - رحمه الله تعالى -، فإذا أقاما البينة، لم يذكر بشر عن أبي يوسف.

وذكر [أبو][٤] عمرو عن محمد: أن البينة بينة الغاصب.

وقال في رواية [أبي][٥] عمرو عن محمد: لو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوبة، أو في أخرى، أو بأي موضع، فالقول قول الغاصب، والبينة بينة رب الدار. الله أعلم.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في أ، م.
(٥) سقط في أ، م.

الفصل الثالث عشر
في زراعة الغاصب

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: غصب من آخر أرضًا، وزرعها، ونبت، فلصاحبها أن يأخذ الأرض، ويأمر الغاصب بقلع[(١)] الزرع تفريغًا لملكه، فإن أبى أن يفعل، فللمغصوب منه أن يفعل بالرفع إلى الحكام[(٢)] يريد به أن للمغصوب منه أن يفعله بنفسه، وإن لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع [فالزرع][(٣)] للغاصب، وهذا معروف فللمالك أن يرجع على الغاصب بنقصان الأرض [إن انتقصت][(٤)] بزراعته، وأن المشايخ اختلفوا في معرفة النقصان

قال بعضهم: ينظر بكم تؤاجر قبل الزراعة، [وبعدها فمقدار][(٥)] التفاوت نقصان الأرض.

[وقال بعضهم: ينظر بكم تشترى تلك الأرض قبل الزراعة، وبعدها فمقدار التفاوت نقصان الأرض][(٦)].

قال شمس الأئمة في باب العشر في المزارعة، والمعاملة: أن القول [الأول][(٧)] أقرب إلى الصواب.

وإن حضر المالك، والزرع لم ينبت بعد فإن [شاء][(٨)] صاحب الأرض تركها حتى ينبت الزرع، ثم يأمره بقلع الزرع، وإن شاء أعطاه قيمة بذره، ولكن مبذورًا في أرض غيره، وهو أن تقوم الأرض غير مبذورة، ومبذورة [بذرًا مستحق][(٩)] القلع

(١) في م: أن يقلع.
(٢) زاد في أ، م: كان بفعله.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: وأخذ هذا مقدار.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ، م.
(٨) سقط في م.
(٩) في أ: بذرًا لغيره حق، وفي م: منه وراء ببذر لغيره حق.

حتى ينبت، فيضمن فضل ما بينهما. ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الثاني من غصب واقعاته.

رجل ألقى بذرًا في أرض نفسه، فجاء آخر، وألقى بذره في تلك الأرض، وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض، أو لم يقلب، وسقى الأرض حتى ينبت البذر، فالنابت يكون للثاني عند أبي حنيفة؛ لأن خلط الجنس بالجنس عنده استهلاك و[للأول][١] على الثاني قيمة بذره ولكن [مبذورا في أرض نفسه][٢]، فتقوم الأرض، ولا بذر فيها، ثم تقوم وفيها البذر، فيرجع بفضل ما بينهما، فإن جاء الزارع الأول، وهو صاحب الأرض، وألقى بذر نفسه مرة أخرى، [وقلب الأرض قبل أن ينبت البذر أو لم يقلب][٣] وسقى فنبت البذر كله[٤]، فجميع ما ينبت لصاحب الأرض، وعليه للغاصب مثل: بذره، ولكن مبذورًا في أرض غيره هكذا ذكر في فتاوى الفضلي، ولم يشبع الجواب.

والجواب المشبع أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره، ولكن مبذورا [في أرض نفسه، ثم يضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين مبذورين][٥] في أرض الغير؛ لأن الإتلاف كذلك ورد [هذا كله إذ لم يكن الزرع نابتا.

إذا غصب عبدا، أو دابة فآجره، وأخذ غلته، ثم][٦] مات العبد، أو الدابة من عمل الغاصب هل للغاصب أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة عندهما؟

ذكر في الكتاب أن له ذلك، ولم يفصل بين ما إذا كان غنيا، أو فقيرًا.

واختلف المشايخ فيه منهم من قال: المسألة على التفصيل بين الغني، والفقير

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: كلها.
(٥) سقط في أ، م.
(٦) في أ: الغله فإن، وسقط في م.

كما ذكر محمد - رحمه الله - في الغصب[(١)] [لو باعه من آخر بعدما استغله][(٢)]، وأخذ [ثمنه، واستهلكه ثم][(٣)] ماتت الدابة عند المشتري، وضمن رب الدابة للمشتري قيمة الدابة، ورجع المشتري على الغاصب بالثمن، فلا يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن إلا إذا كان الغاصب فقيرًا.

ومنهم من فرق بين المسألتين، فقال: في مسألة الثمن على التفصيل.

وفي مسألتنا يستعين غنيًا كان، أو فقيرًا. ذكر [محمد][(٤)] - رحمه الله - هذه الجملة في شرح كتاب الغصب.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل غصب عبدًا، فأجر العبد [نفسه][(٥)]، وسلم عن العمل صحت الإجارة على ما عرف، فإن أخذ العبد الأجر، فأخذ الغاصب الأجر منه، وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وقالا: يجب عليه الضمان فإن كان الأجر قائما، كان للمالك أخذه بالإجماع.

كما[(٦)] يقولان: إنه أتلف مال الغير، وهو [العبد][(٧)] من غير تأويل، فيجب الضمان، ولا شك أن الأجر مال الغير، وهو مال العبد؛ لأنه كسب يده[(٨)]، وكسب العبد [تبع][(٩)] للرقبة، فيكون لمالك الرقبة؛ لأنه لا عصمة [لها، فهلك[(١٠)]][(١١)] حق الغاصب بعد الغصب، فأشبه ضمان[(١٢)] السرقة بعد القطع، وبيان عدم العصمة أن

(١) في أ: الغاصب.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في م: ثمنها واستهلكها و.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: هما.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ: عبده.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في م: في.
(١١) في أ: لملكه.
(١٢) في م: لصاحب.

العصمة تثبت بيد حافظة، أو بيد ثابتة، ويد المالك لم تثبت على هذا، ويد الغاصب ليست يد المالك.

فإن قيل: [يد العبد][١] يد المولى، والكسب في يد العبد، فيصير كأنه في يد المولى.

قلنا: [العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه، فإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن العبد][٢] محرزًا، أو حافظا نفسه عن الغاصب، فلا يكون محرزا حافظا لما في يده أيضا.

وكذلك قلنا: إن كسب المبيع [قبل القبض][٣] غير مضمون على البائع بالاتفاق فكذا هنا، أو نقول: هذا مال الغائب [في حق العبد][٤].

بيانه: أن العبد إذا هلك في يد الغاصب، وضمن قيمته للمالك][٥]، فالأجر يسلم للغاصب.

أو نقول: الأجر بدل منفعة العبد، [ولو استهلك الغاصب منفعة العبد][٦] بأن استعمله في عمل من الأعمال لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها.

المزارع إذا دفع البقر الذي دفعه رب الأرض [مع الأرض][٧]، والأرض مزارعة إلى الراعي، فضاعت، لا ضمان على أحد[٨]. في غصب فتاوى سمرقند.

رجل غصب من آخر ثوبا فقطعه، ولم يخطه حتى استحقه رجل بالبينة لا يرجع المغصوب[٩] منه على الغاصب بشيء، ولو خاطه، وباقي المسألة بحالها رجع

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الأب.
(٥) في م: فيه تأويل قيمة الملك.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: أحدهما.
(٩) في أ: المضمون.

المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب، وهذه المسألة مع أجناسها في الباب الثامن من بيوع [الجامع.

إذا حمل على حمار غيره شيئا بغير أمره، فتورم ظهر الحمار فشق صاحبه ذلك الورم فانتقص ذلك من قيمة الحمار][١] إن اندمل من غير نقصان، لا ضمان على الذي حمل، إلا أنه ينظر: إن كان النقص[٢] من الورم، كان على الذي حمل ضمانه، وإن كان من[٣] الشق، لا ضمان عليه، وكذلك إذا مات فاختلفا، فالقول قول الغاصب مع يمينه. في غصب فتاوى أبي الليث.

إذا هشم إبريق فضة لرجل، فجاء آخر، وهشمه هشمًا برئ الأول عن الضمان، وضمن الثاني.

وكذا رجل صب ماء على حنطة ثم جاء آخر وصب عليها [ماء][٤]، وزاد في نقصانها برئ الأول، وضمن الثاني، فكذا هذا في سائر الأموال الربوية. في هذا الموضع أيضا.

إذا جاء بالحنطة إلى الطحان، ووضعها في صحن الطاحونة، [وأمر صاحب الطاحونة][٥] أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة، فلم يدخلها حتى نقب الدار بالليل فسرق فإن كان [صحن الطاحونة][٦] محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقي إلا بسلم، لا ضمان على صاحب الطاحونة أيضا.

غصب صبيا حرا، وغاب عن يده يحبس[٧] الغاصب [حتى][٨] يجيء به، أو

(١) في م: يتلوم الحمارة.
(٢) في أ: النظر، وفي م: النقصان.
(٣) زاد في أ: غير.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: الصحن.
(٧) في أ: يخير، وفي م: يجبر.
(٨) سقط في م.

يعلم أنه قد مات. في غصب المنتقى.

أقر أنه غصب من فلان شيئا، ولم يبين، فالقول قوله، ولا بد أن يفسره بشيء مما يعده الناس، ويقصد بالغصب حتى لو لم يكن كذلك بأن بين بالتراب[١]، ونحوه لا يصدق؛ لأنه لا يسمى غاصبًا، ولو بين بشيء يقصده الناس، ولا قيمة له نحو: أن يقر أنه غصب [خمرًا][٢]، أو جلد ميتة قبل قوله، وهذا اختيار مشايخ العراق[٣].

واختار مشايخ ما وراء النهر أنه لا بد أن يفسره[٤] بشيء له قيمة. في غصب القدوري في [أوله].

العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب، وأقر الغاصب أنه كان غصبه من فلان [يؤمر بتسليم][٥] القيمة إلى المقر له، فإن جاء رجل آخر، وأقام البينة أنه عبده وغصبه منه، فالقاضي يقضي بالقيمة لصاحب البينة، [فإذا قضى بالقيمة[٦] لصاحب البينة][٧]، وأخذها لا شيء للمقر له على الغاصب، فإن وصلت تلك القيمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضي له بالهبة، أو بالإرث، أو الوصية، أو بالمبايعة يؤمر بردها إلى المقر له، ولو وصل إلى الغاصب [ألف آخر [من][٨] المقضي][٩] له سوى المأخوذ منه، فإن وصل بالهبة، أو بالمبايعة لا يؤمر بالرد على المقر له، وإن وصل بالميراث، أو بالوصية يؤمر بالرد. في الزيادات في باب الحوالة قبل باب السلم.

---

(١) في م: بالتراث.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: عراق.
(٤) في أ: يفسر.
(٥) في أ: يسلم.
(٦) في م: القاضي بالبينة.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في م.
(٩) في أ: القاضي.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة - رحمه الله - في آخر كتاب الصرف: إذا اشترى قلب فضة بدينار، ودفع الدينار، ولم يقبض القلب حتى جاء إنسان، وقبض القلب، ثم أجاز المشتري قبضه، فهلك في يده، لا يضمن القابض.

قال الشيخ الإمام الأجل حسام الدين - رحمه الله -: ففي هذه المسألة إشارة إلى أن الرجل إذا غصب من آخر شيئا، [وقبض](١) فأجاز المالك قبضه كما أجاز(٢) برئ عن الضمان، وإن انتفع به(٣) لا يبرأ عن الضمان ما لم يحفظ؛ [لأن المالك لم يجز قبضه الأول إلا بما يأمره بأن يحفظه له، ولا يبرأ عن الضمان ما لم يحفظه له](٤)، وعلى هذا رجل أودع رجلا مال الغير فأجاز المالك، برئ عن الضمان، وكذلك ذكر هذا [في] أول باب الإجازة(٥) من كتاب الصرف(٦)، وهذه المسائل تشير إلى أن الإجازات(٧) تلحق الأفعال، وقد كتبت في تعليق الجامع في الباب الأول من الوصايا: أن الغاصب إذا رد المغصوب على أجنبي، وأجاز المالك قبض ذلك الرجل لا يبرأ عن الضمان عند أبي حنيفة، ويبرأ عند محمد.

وذكر في الباب الأخير من بيوع الكافي أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع، ثم(٨) علم البائع ذلك ورضي به، فهذا مثل إذنه له في القبض في جميع ذلك؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء [فهذا](٩) تنصيص على(١٠) أن

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: أخذ.
(٣) زاد في م: فأمر بالحفظ.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في أ، م: في عمل التمويه.
(٦) زاد في أ، م: في مسألة الإحراق.
(٧) في م: الإجازة.
(٨) في م: فلما.
(٩) سقط في م.
(١٠) سقط في أ.

الإجازة تلحق الأفعال فيحتمل أن يكون قول محمد، أو يكون عن أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

ذكر في السير الكبير في باب صاحب [الساقة][1]: غاصب الدابة إذا جاء بالدابة إلى صاحبها ليقبضها فلم يقبضها صاحبها، بل تركها حتى ضاعت، فلا ضمان على الغاصب؛ لأن الغاصب مكن المالك من قبضها، والتمكين من القبض [قبض][2]، فكأن صاحب الدابة قبضها، ثم تركها حتى ضاعت.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في شرح السير: وهو نظير من أخذ منديل إنسان، ثم [رد المنديل][3] إلى صاحبه، فلم يأخذه صاحبه، بل تركه، ثم ضاع، لا يضمنه، وطريقه ما قلنا [أن][4] الغاصب إذا باع المغصوب من القاضي، يبرأ عن الضمان كما لو باع من[5] المالك في هذا الموضع.

[و][6] العقار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة، وأبي يوسف الآخر، والمسألة معروفة وهل يضمن بالبيع، والتسليم؟

ففيه روايتان، ولا يضمن بالجحود عندهما كما لا يضمن بالغصب عند بعض المشايخ.

قال شمس الأئمة الحلواني: وفي النوادر، والمبسوط: في ضمان الجحود في العقار روايتان.

وفي المنتقى: أبو يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: رجل غصب من آخر ثوبًا، فأحرقه رجل في يده، ثم أعطى المحرق للغاصب قيمة الثوب، برئ.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: رمى بالمنديل.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بأمر.
(٦) سقط في م.

وقال أبو يوسف: ليس على المحرق أن يعطي للغاصب قيمته، وإذا أعطى لا يبرأ إلا[(١)] إذا كان الإعطاء بقضاء القاضي، ولا ينبغي للقاضي أن يجبره[(٢)] على إعطاء القيمة إذا علم أن الطالب غاصب، ولكن يضعها على يد عدلين[(٣)] حتى يظهر رب الثوب فله[(٤)] ضمان أيهما شاء.

قال أبو الفضل: هذا الجواب خلاف ما قال في الأصل.

رجل أضاف رجلا، فنسي الضيف عنده ثوبًا، فاتبعه المضيف بالثوب، فغصبه غاصب في الطريق، قال: إن غصبه في المدينة، فعليه الضمان، وإن أخرجه من [المصر فغصب[(٥)] منه [ضمن][(٦)]][(٧)]، في نوادر بن رستم في باب الغصب.

رجل نسج في ثوب له ذراعًا فجاء إنسان فألحم فيه ثلاثة أذرع بغزل من عنده، أو كله قال: [إن ألحمه][(٨)] يعني كله، فاللاحم ضامن السدى منسوج فيها ذراعا، وإذا ألحم منه ثلاثة أذرع، أو[(٩)] كان أكثر من نصف السدى فهو مثل ذلك، وإن كان أقل من نصف السدى، فصاحب السدى بالخيار إن شاء دفع ذلك إليه، وضمنه[(١٠)] كما وصفت، [وإن شاء][(١١)] أمسك ذلك، وأعطاه قيمة ما زادت اللحمة في سداه، وإن[(١٢)] كان في يد الدلال ثوب يبيعه، فظهر [أنه][(١٣)] مسروق وقد كان رده إلى من

(١) في م: و.
(٢) في م: يجبر.
(٣) في م: عدل.
(٤) في م: فيختار.
(٥) في أ: فضمنه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في م: المدينة فلا ضمان عليه.
(٨) في م: إذا لحمه.
(٩) في م: و.
(١٠) في أ: قيمته.
(١١) في م: لك.
(١٢) في م: وإذا.
(١٣) سقط في م.

دفعه[١] إليه فطلب منه المسروق منه الثوب، فقال الدلال: [إني][٢] رددته إلى من كان دفع إليَّ، برئ[٣]؛ لأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ إذا[٤] ثبت الرد بالحجة، أما بدون الحجة لا يصدق في دعوى الرد.

* * *

(١) في أ: دفع.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في م: كان.

كتاب الوديعة(1)

هذا الكتاب يشتمل على أربعة(2) عشر فصلا:

[الفصل](3) الأول

في بيان ما يملكه المودع وما لا يملكه

قال محمد - رحمه الله -: وللمودع أن يدفع الوديعة إلى من هو في عياله، وهذا استحسان، والقياس: ألا يكون له ذلك.

وذكر محمد - رحمه الله - من جملة من في عياله: زوجته وولده وأجيره، والمراد من هذا الأجير الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة ويسكن معه، أما الأجير بعمل من الأعمال أو الأجير الذي يجري عليه نفقته كل شهر ولا يسكن معه

---

(1) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الوَدْع، وهو: التَّرك.
قال ابن القطاع: ودعت الشيء وَدْعًا: تركته. وابن السِّكِّيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في صحيح مسلم: «لينتهين أقوام عن وَدْعهم الجُمُعات» وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ: «اتركوا التُّرْكَ ما تركوكم، ودعوا الحَبَشَةَ ما ودعوكم» فكأنها سميت وديعةً، أي: متروكة عند المودع. وأودعتك الشيء: جعلته عندك وَدِيعَةً، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.
ينظر: الصحاح (٣/ ١٣٩٦)، المغرب، ص (٤٧٩)، المطلع، ص (٢٧٩).
واصطلاحًا:
عرفها الحنفية بأنها: توكيل لحفظ مال غيره تبرُّعًا بغير تصرف.
وعرفها المالكية بأنها: مالٌ وكّل على مجرد حفظه.
وعرفها الشَّافعية بأنها: العقد المقتضي للاستحفاظ، أو العين المستحقة به حقيقة فيها، وبتعريف آخر: توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختصّ على وجه مخصوص.
وعرفها الحنابلة بأنها: اسمٌ للمال المودع المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.
والأصل فيها قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وخبر: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» ولأن بالناس حاجة، بل ضرورة إليها.
ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٣٣٧)، الفواكه الدواني (٢/ ٢٣٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٤١٩)، مغني المحتاج (٣/ ٧٩)، الشرقاوي على التحرير (٢/ ٩٦)، كشاف القناع (٤/ ١٦٦)، الإنصاف (٦/ ٣١٦).

(2) في أ: ثلاثة.

(3) سقط في أ، م.

[و][(١)] يقال بالفارسية: «أجر خوار» وليس[(٢)] له أن يدفع الوديعة إليه، ولو دفع يضمن.

والحاصل: أن العبرة في هذا الباب المساكنة ولا عبرة للنفقة؛ ألا ترى أن المرأة إذا أودعت وديعة فدفعت الوديعة إلى زوجها، لا تضمن وإن لم يكن الزوج في نفقتها؛ لأنهما يسكنان معا؛ وألا[(٣)] ترى أن الابن الكبير إذا كان ساكنا مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج المودع من[(٤)] المنزل وترك المنزل على الابن فإنه لا يضمن، فعلم أن العبرة لما قلنا.

وليس له أن يدفع الوديعة إلى الأجنبي، ولو دفعها فهلكت في يد الثاني، إن هلكت قبل أن يفارق الأول الثاني فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف[(٥)]، وإن

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: وأمر.
(٣) في أ: ألا.
(٤) في م: عن.
(٥) الأصل في الوديعة: أنها أمانة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾، وأنه لا ضمان على المودع في الوديعة، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه».
ولأن المستودع يحفظها لمالكها فلو ضمنت لامتنع الناس من الدخول فيها، وذلك مضر، لما فيه من مسيس الحاجة إليها.
ويضمن الوديع في حالين:
الأول: إذا فرط في حفظ الوديعة؛ لأن المفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها.
الثاني: أن يتعدى الوديع على الوديعة، لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أتلفه من غير إيداع.
ومن صور التعدي عليها: انتفاعه بها، كأن يركب الدابة المودعة لغير نفعها، أو يلبس الثوب المودع فيبلى. ومن صور التعدي أيضا: جحودها.
ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٩٤، ٤٩٨)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٤١٩) وما بعدها، ومغني المحتاج (٣/ ٧٩) وما بعدها، وكشاف القناع (٤/ ١٦٦) وما بعدها.
وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على المعتمد، والثوري، والأوزاعي، والنخعي، وربيعة، والقاضي شريح، وغيرهم إلى أن الوديعة أمانة في يد الوديع، فإن تلفت من غير تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، حتى ولو كانت بين ماله ولم يذهب معها شيء منه. قال ابن المنذر: أجمع أكثر أهل العلم على أن =

هلكت بعد ما فارق الأول الثاني فالأول[1] ضامن بلا خلاف، وأما الثاني فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: لا يضمن.

وعلى قولهما: يضمن.

وهذا إذا كان الدفع إلى أجنبي بغير عذر، فإن كان بعذر لا ضمان على المودع

= المودع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنايته ألا ضمان عليه. أما إذا تعدى الوديع عليها أو فرط في حفظها، فعليه ضمانها. قال ابن قدامة: بغير خلاف نعلمه، لأنه متلف لمال غيره، فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع. وقال المالكية، والشافعية: إنه لا فرق في كون الوديعة أمانة في يد الوديع، لا تضمن بغير تعديه أو تفريطه، سواء كانت بأجر أو بدونه، حيث إن أخذ الأجرة في الوديعة لا يغير شيئًا من أحكام الأمانة أو الضمان فيها. أما الحنفية، فقد فرقوا في موجبات الضمان فيها بين ما إذا كانت بأجر أو بدون أجر، مع اعتبارها في الحالين أمانة في يد الوديع، فقالوا: إذا تلفت الوديعة بما لا يمكن التحرز عنه من الأسباب - كحريق غالب، وغرق غالب، ولصوص مكابرين - فلا ضمان على الوديع، سواء أكانت بأجر أم مجانا. أما إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه، فينظر: إن كانت بغير أجر، فلا يجب على الوديع الضمان. أما إذا كانت بأجر فإنه يكون ضامنا.

جاء في المادة (٧٧٧) من المجلة العدلية: الوديعة أمانة في يد الوديع. وبناء عليه: إذا هلكت بلا صنع الوديع، أو تعديه، أو تقصيره في الحفظ، فلا يلزمه الضمان، إلا إذا كان الإيداع بأجرة على حفظ الوديعة، فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه، لزم الوديع ضمانها. فوجه تضمين الوديع بأجر في هذه الصورة عندهم: أن الحفظ مستحق عليه فيها؛ لأنه مستأجر على الحفظ قصدا، إذ العقد عقد الحفظ، والأجر في مقابل الحفظ، والمتاع في يد الأجير.

ينظر: البحر الرائق (٧/ ٢٧٣)، ورد المحتار (٤/ ٤٩٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٩٤)، ودرر الحكام (٢/ ٢٣١) وما بعدها، بداية المجتهد (٢/ ٣١٠)، والتاج والإكليل (٥/ ٢٥٠)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٤٠٣)، وشرح الزرقاني (٦/ ١١٤)، والتفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (٢/ ٢٦٩)، والأم (٤/ ٦٢)، والإشراف على مذاهب العلماء (١/ ٢٥١)، وأسنى المطالب (٣/ ٧٦)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٠٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٠)، المبدع (٥/ ٢٣٣)، وكشاف القناع (٤/ ١٨٦)، والمغني (٩/ ٢٥٧، ٢٥٨)، وروضة القضاة وطريق النجاة، السمناني أبو القاسم علي بن محمد، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٤هـ (٢/ ٦٠٨)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٣٠)، وشرح المجلة للأتاسي (٣/ ٢٤٣).

(١) في أ: فالثاني.

عندنا حتى إذا احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه ووضعها في منزل جاره فلا ضمان استحسانًا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: إذا وقع في بيت المودع حريق فدفع[١] إلى أجنبي، فإن أمكنه أن يناولها بعض من في عياله فهو ضامن، وإلا فلا ضمان.

وذكر شيخ الإسلام في هذا الموضع: [الحريق][٢] إذا كان غالبًا[٣] وقد اختلط بمنزل المودع فناول[٤] الوديعة [جارا له][٥] فلا ضمان [عليه][٦]، وإن لم تكن بهذه الصفة فهو ضامن.

فإن ادعى المودع الضرورة بأن ادعى أنه وقع الحريق في داره، ذكر القدوري: أنه لا يصدق إلا ببينة.

والقياس [في][٧] قول أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وفي المنتقى: إذا علم أنه احترق بيت المودع قبل قوله، وإن لم يعلم لا يقبل قوله إلا ببينة، وللمودع أن يخرج بالوديعة حيث شاء، وهذا مذهبنا.

والكلام ها هنا في فصلين:

أحدهما: إذا عين المالك عليه الحفظ في مصر من الأمصار بأن قال: احفظها في هذا المصر ولم يزد عليه.

أو قال مع ذلك: ولا تخرجها من المصر.

---

(١) زاد في أ: المودع.
(٢) في أ: للحر وأما.
(٣) في أ: عبدًا.
(٤) في أ: فناوله.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ، م.

وفي هذا الوجه: إن كان لابد له من المسافرة بالوديعة بأن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر، بأن ترك عبدا له أو واحدا من عياله مع الوديعة يضمن، وإن لم يكن له بد من المسافرة بالوديعة بأن لم يمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال لا يضمن[١].

* * *

(١) تعتبر الوديعة من عقود الأمانة، وهي أمانة في يد المودع (أو الوديع) فهو أمين غير ضامن لما يصيب الوديعة، من تلف جزئي أو كلي، إلا أن يحدث التلف بتعديه أو تقصيره أو إهماله.
وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء، ويشهد له ما روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان. [أخرجه الدارقطني (٣/ ٤١) ثم ضعف راويين في إسناده وقال: (وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع)]. والمغل هو: الخائن، في المغنم وغيره. وما روي - أيضا - عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: من أودع وديعة فلا ضمان عليه. [أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٠٢) وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة (٢/ ٤٢)].
ومن أسباب الضمان في الوديعة التعدي أو التقصير أو الإهمال. ينظر: المصباح المنير، مادة (غلل).

الفصل الثاني

إذا لم يبين المصر والمكان بل أطلق

فقال: احفظ هذا المال، فسافر بها، فإن كان الطريق مخوفا يضمن، وإن كان[١] آمنا فإن كانت الوديعة شيئا له حمل ومؤنة، فإن لم يجد بدا من المسافرة بالوديعة بأن عجز عن الحفظ في المصر مع السفر[٢] لا يضمن بالإجماع، وأما إذا كان له بد من السفر[٣] بالوديعة، قال أبو حنيفة - رحمه الله -: [لا يضمن قربت المسافة أم بعدت.

قال محمد][٤]: يضمن في الحالين.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إن قربت المسافة، لا يضمن وإن بعدت يضمن. والله أعلم.

* * *

(١) زاد في م: الطريق.
(٢) في م: المسافرة.
(٣) في م: المسافرة.
(٤) سقط في أ.

الفصل الثالث

فيما يكون إيداعًا وما لا يكون

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل جاء بثوب إلى غيره وقال له: هذا وديعة، ولم يقل: عندك، ولم يقل الآخر شيئًا، وسكت، ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر بعده وترك الثوب هناك [وضاع، ضمن له؛ لأنه وجد منه القبول عرفا، ولو وضع الثوب][(١)] ولم يقل شيئًا [أو سكت، ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر بعده][(٢)] والمسألة بحالها ضمن أيضا؛ لأنه أودع عرفا، والآخر قبل عرفا، هذا إذا لم يقل الآخر شيئا باللسان[(٣)].

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) ذهب الحنفية، والمالكية إلى اشتراط كون العين المودعة مالا، فما ليس بمال - كالميتة والدم ونحوهما - لا يصح ورود عقد الإيداع عليه؛ لأن عدم ماليته يتنافى مع تشريع حمايته لصاحبه بعقد الوديعة، واعتباره أمانة شرعية واجبة الحفظ والصون لصاحبها في يد الوديع.

ثم قال الحنفية: وشرط الوديعة كون المال قابلا لإثبات اليد عليه، حتى لو أودع البعير الشارد، والطير في الهواء، والمال الساقط في البحر ونحوها، فلا يصح إيداعه. وقد جاء في المادة (٧٧٥) من المجلة العدلية: يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض.

وقد عللوا ذلك بأن الإيداع عقد استحفاظ، وحفظ الشيء بدون إثبات اليد عليه محال، فلما تعذر التزام الوديع بحفظه؛ لعدم إمكان إحرازه وحوزه، امتنع تكليفه شرعا به في عقد الوديعة؛ لعسره أو استحالته في حقه، إذ لا تكليف بما لا يطاق، ولا اعتبار لعقد لا يتصور تنفيذه.

أما الشافعية والحنابلة فاشترطوا لصحة العقد أن تكون العين المودعة مالا أو مختصا، ولم يقصروها على المال وحده.

وبناء على اعتبار المالية نصوا على عدم صحة إيداع الخمر غير المحترمة ونحوها من المحرمات؛ لأنها ليست بمال.

وبناء على اعتبار المختص قالوا: أما ما فيه اختصاص كجلد ميتة لم يدبغ، وزبل، وكلب صيد محترم، ونحوها، فيجوز إيداعه كالمال، لجواز اقتنائه، بخلاف النجس الذي لا يقتنى، والكلب الذي لا ينفع بحراسة أو صيد، وآلات اللهو، فلا يصح إيداعها؛ لكونها غير محترمة، ولا يجوز تمولها ولا اقتناؤها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، وابن عرفة من المالكية إلى صحة إيداع الصكوك والوثائق بذكر الحقوق.

=

فإن قال: أنا لا أقبل الوديعة، فتركها صاحبها عنده وذهب وباقي المسألة على حالها لا يضمن؛ لأن القبول لا يثبت عند الرد صريحا.

وفي فتاوى أبي الليث: رجل دخل بدابته خانا فقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك، فربط ورجع ولم يجد دابته، فقال صاحب الخان: [إن][(١)] صاحبك أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها؟ استحفاظ، وإشارة صاحب الخان إلى موضع الرباط إجابة منه إلى الحفظ.

وكذلك لو دخل الحمام وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ وأشار صاحب الحمام إلى مكان، ثم خرج رجل وأخذ، يضمن إن كان استحفاظا فصار مودعًا فيضمن، ولو وضع الثياب [بغير رأي][(٢)] صاحب الحمام في أي موضع يضع لم يقل باللسان شيئا ودخل الحمام، فإن لم يكن [للحمام][(٣)] ثيابي[(٤)] يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع؛ لأن وضع [الثياب][(٥)] برأي عينه[(٦)] استحفاظ منه، وإن

= وذهب ابن عرفة من المالكية إلى أنه يشترط في العين المودعة أن تكون مما يمكن نقله فيخرج العقار.

وذهب جمهور الفقهاء: (الحنفية، والشافعية، والمالكية) إلى عدم اشتراط ذلك، فتصح أن تكون العين المودعة عقارا أو منقولا.

ينظر: البحر الرائق (٧/ ٢٧٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٤٩٣)، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٣٨)، وانظر المادة ٧٦٣، ٧٦٤ من المجلة العدلية (٢/ ٣٣٦)، والعناية على الهداية (٧/ ٤٥٢)، والتاج والإكليل (٥/ ٢٥٠)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٥٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل (٦/ ١١٤)، والشرح الكبير، وحاشية الدسوقي (٣/ ٤١٩)، ومواهب الجليل (٥/ ٢٥١)، والمدونة (١٥/ ١٢٦، ١٢٨)، وأسنى المطالب (٣/ ٧٤، ٧٥)، وتحفة المحتاج (٧/ ٩٩)، وروضة الطالبين (٦/ ٣٢٤)، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٧/ ١٢٨)، وكشاف القناع (٤/ ١٨٥)، وشرح ميارة على التحفة (٢/ ١٨٨).

(١) سقط في م.

(٢) في م: برأي.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ: حاضر دار.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: غيره.

كان للحمام ثيابي وهو حاضر، لا يضمن صاحب الحمام؛ [لأن هذا استحفاظ الثيابي دلالة إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام][(١)] بأن قال لصاحب الحمام: أين أضع هذه الثياب؟ فحينئذ صار صاحب الحمام مودعا، وإن كان ثمة ثيابي يضمن ما يضمن المودع لثبات الغصب.

* * *

(١) سقط في أ.

[من قام وترك كتابه في المجلس فهلك فمن يضمن]:

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل من أهل المجلس قام وترك كتابه فهلك، فهم ضامنون، وإن[١] قاموا واحدا بعد واحد فالضمان على آخرهم؛ لأن في الوجه الأول: الكل حافظون، وفي [الوجه][٢] الثاني: تعين الآخر حافظا، كمن باع قفيز حنطة، من قفيزين ثم هلك قفيز منهما[٣] تعين الباقي للعقد.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع منها شيء، لا ضمان عليه؛ لأنه غير مضيع لما في حانوته؛ لأن جيرانه يحفظونه إلا أن يكون هذا من المودع إيداعا من جيرانه ليقال: ليس للمودع أن يودع لكن هذا مودع لم يضيع.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأخير من غصب واقعاته ما يدل على الضمان هاهنا فيتأمل عند الفتوى.

وفي مضاربة مجموع النوازل: سئل نجم الدين عن أربعة من بلد ليس بينهم قرابة لكن سافروا جملة وجعلوا نفقتهم جملة فإنهم ينزلون جملة ويرتحلون جملة، وكان مع أحدهم دنانير رجل بضاعة قد خاطها في قرابه [فنزلوا تبع أهل البئر في قرى قرية فنزل هذا المستبضع بين[٤] أصحابه][٥] وذهب لحاجة فلما جاء وجد موضع البضاعة [قد فتش] [٦]وأخرجت البضاعة، هل يكون هذا تضييعا منه؟ وهل يضمن؟

قيل: يضمن؛ لأنهم كأنهم في عياله فإنهم مجتمعون وكل واحد منهم يحفظ متاعه لنفسه فصاروا كأهل بيت واحد فلم يكن ترك البضاعة عندهم تضييعا بل كان[٧] حفظًا.

---

(١) في م: منها.
(٢) في م: ولو.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: فواه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: قص.
(٧) في أ، م: كانوا.

الفصل الرابع
في الوديعة

إذا أخرج[١] الثمار من نخيل الوديعة فلا ضمان عليه استحسانا إذا جزه[٢] كما [يجزه][٣] غيره ولم يتمكن فيه نقص[٤] من عمله وإن تمكن نقص من عمله فهو ضامن، كذا ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله تعالى - في شرح كتاب الرهن.

إذا اجتمع من ثمار[٥] الوديعة عند المودع شيء كثير يخاف فسادها وكان ذلك ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضي، إن[٦] كان في المصر يضمن، وإن كان في المفازة لا يضمن.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في تعليل هذه المسألة: ألا ترى أنه لو باع في المفازة ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير لا يضمن فها هنا أولى، وأما إذا كان في المصر فلم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيع، أو كان في المفازة فلم يرفع حتى فسد لا يضمن، ذكر هذه الزيادة في وديعة فتاوى أبي الليث.

المودع إذا باع الوديعة وسلمها إلى المشتري وضمن المالك المودع نفذ بيعه في ظاهر الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا ينفذ بيعه، وفرق [هذه الرواية][٧] بين المودع إذا باع الوديعة وبين الغاصب إذا باع المغصوب وضمن المالك الغاصب فإنه ينفذ بيعه باتفاق الروايات.

---

(١) في م: جز.
(٢) في أ: جره.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: يقبض.
(٥) في أ: الثياب، وفي م: ألبان.
(٦) في م: إذا.
(٧) في أ: بين هذه المسألة.

والفرق: أن ملك[١] المودع في الوديعة تأخر عن البيع فلا يصح قياسا على ما إذا باع ملك الغير وسلم ثم اشترى.

بيانه: أنه لم يوجد منه قبل البيع بسبب ضمان فإنه كان أمينا، وبالبيع بدون التسليم لا يصير ضامنا [وإنما صار ضامنًا][٢] بالتسليم بعد أداء الضمان فملكه من وقت التسليم بالبيع وجد قبل ذلك حتى لو كان سلم الوديعة أولا إلى من يريد شراءها ثم باعها منه ينفذ[٣] بيعه؛ لأنه صار ضامنا بالتسليم فعند أداء الضمان يملكه من ذلك الوقت بالبيع فتأخر عنه.

وأما في فصل الغاصب: فالملك من الغاصب عنده أداء الضمان من وقت الغصب فكان[٤] ملك الغاصب سابقًا [على][٥] بيعه.

وظاهر الرواية وجهان:

أحدهما: أن ملك[٦] المودع سبق البيع[٧].

وبيان ذلك من وجوه:

أحدها: أن المودع عند أداء الضمان يملك الوديعة قبل البيع؛ لأنه[٨] يصير ضامنا لها حين قصد البيع لنفسه وأكده بالبيع والتسليم، وهذا من وجه معروف مسطور في الكتاب.

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح كتاب الوديعة: أن دفع الوديعة بنية البيع سبب الضمان فيفيد[٩] الملك إلى ذلك الوقت وذلك قبل البيع.

(١) في م: ذلك.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: نفذه.
(٤) في م: وكان.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: ذلك.
(٧) في أ، م: المبيع.
(٨) في م: وإنه.
(٩) في م: فليسند.

[و][١] **الوجه الثاني**: أن ذلك البيع لا ينفذ من المودع؛ لأنه سابق[٢] الملك بل ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي[٣] وإنه متأخر عن الملك.

بيانه: وهو أن المودع صار ضامنا بالبيع والتسليم، ومعناه: دفع الموانع وتمكين المشتري من قبض الوديعة، وبقبض المشتري الوديعة بعد ذلك، ودفع الثمن إلى المودع ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي وقبض المشتري من غير تسليم البائع ودفع الثمن إلى البائع يكفي لثبوت البيع بالتعاطي، وإن لم يوجد من البائع تسليم فإن من قبض مال إنسان وأعطاه بدله كفاه ذلك لانعقاد البيع بالتعاطي، وإن لم يوجد من البائع تسليم فالبيع الآخر ينعقد بينهما بقبض المشتري المبيع وإعطائه الثمن إلى البائع وإنه تأخر عن بيع المودع وتسليمه والله تعالى أعلم.

❋ ❋ ❋

(١) سقط في م.
(٢) في أ، م: سبق.
(٣) في أ: بالتعامل.

الفصل الخامس
في جحود الوديعة

المودع إذا طلب الوديعة فجحدها المودع يصير ضامنا، في مختصر الكافي.

وإذا جحد الوديعة لا في وجه المودع بأن قال [له][(١)]: ما حال وديعة فلان، فقال: ليس لفلان عندي وديعة، أو جحد الوديعة في وجه المالك لا بناء على طلب المودع بأن قال له المودع: ما حال وديعتي، ليشكره على الحفظ، فقال: ليس عندي وديعة، فالجواب على الفصلين[(٢)]، واحد: أن على قول أبي يوسف لا يضمن، وعلى قول زفر يضمن.

[و][(٣)] ذكر هذين الفصلين شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة.

في المنتقى بشر عن أبي يوسف: إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت، لا يضمنها.

قال: لأن[(٤)] الجحود في هذه الصورة من جهة[(٥)] الحفظ [و][(٦)] هكذا وقع في بعض نسخ الكتاب.

ووقع في بعضها [وقال][(٧)] إذا جحد الوديعة ثم أقر ثم هلكت، لا يضمنها.

وفي هذا الكتاب أيضا رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف: إذا جحد الوديعة في وجه صاحبها يضمن، وإن جحدها لا في وجهه لا يضمن.

وفي النوادر عن محمد - رحمه الله -: أنه لا ضمان إذا لم يواجه صاحبها

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: فصلين.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في أ: في.
(٥) في أ: جهات.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

بالجحود، هذا كله في المنقول.

وأما إذا جحد الوديعة في العقار، ذكر شمس الأئمة هذا في شرحه: أنه لا ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر في جميع الوجوه.

من المشايخ من قال[١]: العقار يضمن بالجحود[٢] بلا خلاف.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة روايتان.

وفيه أيضا: بشر عن أبي يوسف رجل استودع وديعة رجل فجحدها [إياه][٣] ثم أخرجها بعينها وأقر بها وقال لصاحبها: اقبضها، فقال صاحبها: دعها وديعة عندك، فضاعت بعد ذلك.

قال: إن[٤] تركها عنده وهو قادر على أخذها إن شاء فهو [بريء وهي وديعة عنده، وإن كان لا يقدر على أخذها][٥] فهو على الضمان الأول، يعني به: الضمان الثابت بالجحود، وأن الوديعة بالجحود دخلت في ضمانه، وكذلك إذا قال: اعمل به مضاربة.

وفي كفالة الأصل: رجل أودع عبدا وجحده المودع ومات في يده، ثم أقام [المودع بينة[٦]][٧] على الإيداع وعلى قيمته يوم الجحود، ولكن علمنا قيمته يوم الإيداع و[هي][٨] كذا قضى القاضي على المودع بقيمته يوم القبض بحكم الإيداع [لأن سبب الضمان على المودع أصل الجحود إذا علم قيمة الوديعة يوم الجحود وإذا

---

(١) زاد في م: في.
(٢) في م: الجحود.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: لما.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: منه.
(٧) في م: البينة المودع.
(٨) سقط في م.

لم يعلم القيمة يوم الجحود وعلم قيمته يوم الإيداع فسبب][١] الضمان في حقه القبض بحكم الإيداع، وهذا لأن الضمان إنما يجب على المودع بالجحود والقبض السابق، فإنه لو جحد الوديعة فقال: لا [وديعة لك][٢] عندي، وكان الأمر كذلك. بأن لم يكن قبضها لا يجب الضمان، وإذا كان قبضها ولم يجحدها[٣] لا يجب الضمان أيضا.

قلنا: والجحود بإحداهما وجود إحالة[٤] بالضمان عليه ما أمكن، وإذا شهد الشهود بقيمته يوم الجحود فقد أمكن إحالة الضمان عليه، فجعلنا سبب الضمان في حقه الجحود فأوجبنا قيمته يوم [الجحود وشهدوا بقيمته يوم الإيداع بقدر إحالة[٥] الضمان على الجحود فأحلناه على القبض السابق وجعلنا[٦] سبب الضمان في حقه القبض السابق وأوجبنا قيمته يوم القبض السابق، فإن قال الشهود: لا نعلم قيمته أصلا لا يوم الجحود ولا يوم الإيداع فإنما يقضي بما بقي][٧] من قيمته يوم الجحود [كما][٨] في الغصب فإنه إذا هلك المغصوب في يده ولم يعلم قيمته يوم الغصب [فإنما يقضى عليه بما بقي من قيمته يوم الغصب][٩]، ولو كان العبد يوم اختصموا أعمى وشهد الشهود أنه[١٠] أودعه وهو صحيح يساوي ألف درهم، ثم مات العبد في يد المودع، قضى القاضي بقيمته أعمى؛ لأنه عرفه أعمى وقت الجحود بالمعاينة

(١) في م: فسبب.
(٢) في م: ضمان وديعتك.
(٣) في م: يجحد.
(٤) في م: البلاغ.
(٥) في أ: إحصانه.
(٦) في أ: وجعلناه.
(٧) في م: القبض بقي.
(٨) في م: وكما قال.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: أو.

وعرف بغيره[١] عن القيمة التي شهدت بها الشهود يوم الإيداع، بخلاف فصل الموت؛ لأن [الإيداع][٢] هناك لم يعرف القاضي بغيره عن القيمة التي شهدت بها الشهود [لا بالشهادة][٣] ولا بالمعاينة، فجاز أن يضمنه تلك القيمة، وكذلك إذا لم يكن أعمى وقت الجحود ولكن السوق قد أنقصه[٤] وجحده يوم جحده وهو يساوي خمسمائة، وعلم القاضي ذلك فعلى المودع بقيمته خمسمائة، ولو لم يعلم القاضي ذلك ضمن قيمته ألف درهم يوم الإيداع كما شهد [به][٥] الشهود.

ولا تقبل من المودع بينة على إيضاع السوق سواء أقام بينة على إيضاعها قبل الجحود، أو[٦] بعده؛ لأن العبد داخل في ضمانه بالجحود فلا ينفعه الإيضاع بعد ذلك، وأما إذا أقام[٧] البينة على إيضاعها قبل الجحود؛ لأنه متناقض في دعوى الإيداع، وأما إذا أنكر الإيداع أصلا بأن قال: لم يودعني، فظاهر، وأما إذا قال: لا وديعة لك عندي، فكذلك؛ لأنه يزعم لا وديعة له عند الجحود [إذا][٨] كان، والتناقض يمنع صحة الدعوى[٩]، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

(١) زاد في أ: هناك.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: يضعه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: و.
(٧) في م: أقاما.
(٨) في م: ادعى أنه.
(٩) الأصل للشيباني (١٠/ ٥٥٥).

الفصل السادس
في المودع إذا خالف شرط رب الوديعة

المودع إذا شرط على المودع وترك[(١)] فإن كان شرطا من كل وجه يجب على المودع مراعاته حتى لو ترك يصير مخالفا سواء أكده بالنفي أو لم يؤكده كتعيين الدار بأن قال له: احفظ في هذه الدار، أو لا تحفظ إلا في هذه الدار، فترك ذلك وحفظ في دار أخرى، فإنه يصير مخالفا في الوجهين جميعا.

وذكر محمد - رحمه الله - في شرح الوديعة: [أن في][(٢)] مسألة الدار يضمن، وإن كانت الدار المنهي عنها[(٣)] أحرز.

وقال في شرح الطحاوي: فإن كانت الداران[(٤)] في الحرز على السواء أو[(٥)] كانت الدار التي حفظ أحرز لا يضمن وإن أكده بالنفي.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: إن كان الثاني أحرز من الأول لا يجب الضمان ولو ترك شرطا يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بأن عين بيتا للحفظ في دار بأن أكده بالنفي بأن قال: لا تحفظ إلا في هذا البيت، فحفظ في بيت آخر [يصير مخالفا، وإن لم يؤكد بالنفي فحفظ في بيت آخر][(٦)] لا يصير مخالفا.

[قال][(٧)] في شرح الطحاوي: [وما][(٨)] في مسألة البئر[(٩)]: إذا أكده بالنفي إذا حفظ في البيت المنهي عنه، لا يضمن إذا كان البيت الآخر أحرز من المنهي عنه.

---

(١) في م: فترك.
(٢) في م: فإن.
(٣) في م: هي.
(٤) في م: الدار.
(٥) في م: و.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ: ومن، وسقط في م.
(٩) في أ: السير.

ولو شرط شرطا لا يفيد أصلا بأن عين صندوقا للحفظ في بيت لا يجب عليه مراعاة هذا الشرط أكده بالنفي أو لم يؤكده، ذكر هذه الجملة سوى ما وقعت عليه الحوالة.

[وذكر](١) شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الوكالة في باب وكالة الصبي الكبير: المودع إذا وضع الوديعة في الحانوت [فقال صاحبها: لا تضع في الحانوت](٢) فإنه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلا فهذا على وجهين: إذا لم يكن له موضع أحرز من الحانوت يضمن إذا كان قادرا على الحمل.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا دفع إلى رجل مرًا(٣) وقال له: اسق به أرضي ولا تسق [به](٤) أرض غيري، فسقى به أرض الآمر ثم سقى به أرض غيره فضاع [المر](٥) قبل أن يفرغ من السقي الثاني ضمن، فإن(٦) ضاع بعد ما فرغ من السقي الثاني [لا يضمن؛ لأن المر في يديه وديعة، وإذا فرغ من السقى الثاني](٧) عاد إلى الوفاق فيخرج من الضمان.

إذا قال المودع للمودع: لا تدفع الوديعة إلى امرأتك، فأتاها فدفعها إن كان لا يجد بدا من ذلك، فلا ضمان وإلا فهو ضامن [له](٨).

وفي شرح الطحاوي: قال محمد في ثلاثة نفر أودعوا رجلا مالا وقالو(٩): لا تدفع إلى أحد(١٠) منا حتى نجتمع، فدفع نصيب واحد منهم، قال: يضمن قياسا،

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: دلوًا.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، م: وإن.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: فقالوا.
(١٠) في م: واحد.

وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -، ولم يضمن استحسانا، وبه قال أبو يوسف ومحمد.

رجل أودع صكا عند رجل وأمره أن يدفع الصك إلى غريمه إن دفع المال الغريم إلى صاحب المال قبل مضي ثلاثة أشهر، فدفع الغريم [المال](١) إلى صاحب المال(٢) بعد مضي ثلاثة أشهر، فجاء الطالب يريد [أن](٣) يسترد الصك، إن كان [المستودع](٤) يعلم يقينا أن الغريم دفع المال الذي في الصك بكماله إلى الطالب لا يدفع الصك إلى الطالب سواء دفعه قبل مضي المدة أو بعدها؛ لأن في دفعه إلى الطالب إعانة له على الظلم في فتاوى أهل سمرقند. والله أعلم.

* * *

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: الدراهم.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.

الفصل السابع
فيما يكون تضييعا(١) للوديعة وما لا يكون
وما يضمن به المودع وما لا يضمن

إذا قال المودع: سقطت الوديعة مني، [أو قال بالفارسية: «بفسادارم» لا يضمن، ولو قال: أسقطت](٢)، أو قال بالفارسية: «بيفكندم» يضمن، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث في فتاويه.

وطعنوا في المسألتين جميعا قالوا: ينبغي ألا يضمن بمجرد قوله: أسقطت «سكنتدم» لأن الإسقاط ليس يصلح موجبا للضمان؛ ألا ترى أنه لو أسقطها ثم دفعها أو لم يدفعها ولكن لم يبرح(٣) ذلك المكان لا يضمن، إنما لا يضمن، بالإسقاط والذهاب عن ذلك الموضع، والترك هناك أولى، والإسقاط في موضع يضيع كما في الماء ونحو ذلك ليكون تضييعا.

والذي يرد في هذا الإشكال: أن المودع إذا دفع الوديعة [إلى من ليس في عياله وهلكت في يد الثاني](٤) قبل أن فارق الأول لا ضمان على الأول بالإجماع، وإنما لا يجب عليه الضمان؛ لأن مجرد الإيداع ليس بتضييع وإنما التضييع الذهاب وترك الحفظ ولم يوجد.

والذي يرد(٥) أيضا ما ذكر في المنتقى: إذا قال رجل لقوم: اشهدوا أن فلانا أودعني كذا وكذا وأني [قد](٦) بعت ذلك وقبضت ثمنه، أو قال له المودع: ما فعلت بوديعتي؟ قال: بعتها وقبضت ثمنها، لا يضمن بذلك ما لم يقل: سلمها؛ لأن مجرد

---

(١) في م: مضيعا.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: عن.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: يؤيد.
(٦) سقط في م.

[الدعوى في][(١)] البيع ليس يصلح سببا للضمان فكذلك في مسألتنا ينبغي ألا يضمن بمجرد قوله [سقط بل يشترط مع ذلك أن يقول][(٢)] أسقطت وتركت وذهبت، أو يقول: أسقطت في الماء، أو[(٣)] ما أشبه ذلك.

وقالوا: في قوله: أسقطت (بيفتادذ) ينبغي أن[(٤)] يضمن؛ لأنها إنما سقطت لتقصير من جهته، أما[(٥)] البدأة في جعلها في محل لا يحتملها فهو نظير الحمال يحمل على ظهره فينقطع الحبل ويسقط الحمل عن ظهره، وهناك يجب الضمان على الحمال كذا ها هنا.

وفي مجموع النوازل: سئل نجم الدين عمن دفع خفا إلى خفاف ليصلحه فتركه في حانوته فسرق ليلا هل يضمن؟ قال: إن كان في الحانوت حافظ أو[(٦)] في السوق حارس.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يفتي بعدم الضمان، وإن لم يكن ثمة حافظ ولا حارس.

فقد قيل: يعتبر العرف [إن كان العرف][(٧)] فيما بين الناس أنهم يتركون الأشياء في الحوانيت من غير حافظ فيها [ومن غير][(٨)] حارس في السوق فلا ضمان، وإن كان العرف بخلافه.

وكذلك قيل: لو ترك [باب][(٩)] الدكان مفتوحا وكان في موضع ذلك عرفهم وعادتهم لا ضمان.

---

(١) في م: دعوى.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: و.
(٤) زاد في م: لا.
(٥) زاد في أ: في.
(٦) في م: و.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: ولا.
(٩) سقط في أ.

وفي [بخارى جرى][١] العرف بترك باب الدكان مفتوحا وتعليق شيء على باب الدكان نحو الشبكة وأشباه ذلك.

والرواية محفوظة فيما إذا أنزل الحائك الثوب الذي نسج غزله والغزل في بيت الطراز ولم يكن هناك حافظ ولا حارس في السوق، أنه لا ضمان على الحائك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - المودع: إذا وضع الوديعة وخرج والباب مفتوح فجاء سارق ودخل الدار وسرق الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد ولا في موضع الحرز، يضمن.

وسئل أبو القاسم عن الوديعة إذا كانت شيئا من الصوف[٢] والمودع غائب ويخاف عليها فلم يرفع الأمر إلى القاضي ولم يحتل في دفع ذلك [حتى فسدت][٣] لا يضمن.

قال الفقيه: كذا قال أصحابنا.

في كتاب الإجارات: إذا أصابه قرض فأر لا ضمان.

وسئل عن الحنطة إذا كانت وديعة عند إنسان فأكلها الفأر.

قال: إذا[٤] اطلع على نقب معروف فلم يسده فما كان من نقصان بعد ذلك ضمن[٥] وما لا فلا.

قال الفقيه: لو أخبر بذلك صاحب الحنطة فلا ضمان.

رجل ادعى على رجل ألف درهم وأنكر المدعى عليه، ثم إن المدعى عليه أودع عند رجل ألف درهم [حتى يقيم[٦] المدعي البينة ولم تكن له بينة][٧] فأراد المدعى

---

(١) في أ: محال أخرى.
(٢) في م: السوق.
(٣) في م: عن السوق.
(٤) في م: إن.
(٥) في م: فهو ضامن.
(٦) في أ: لو أقام.
(٧) في م: لو أقام المدعي البينة على دعواه بدفعها إليه فلم يقم المدعي البينة.

عليه أن يسترد الألف منه فلم يدفعها إليه حتى وقعت الفأرة.

فقال المودع: ذهبوا به، ينظر: إن كان المدعي والمدعى عليه دفعا الألف إلى المودع فلا ضمان؛ لأنهما إذا دفعاه[١] فليس له أن يدفع إلى أحدهما فلا يصير بالمنع عنه [ضامنا، وإن كان المدعى عليه هو الذي دفعه ضمنه؛ لأنه إذا دفعه وحده فليس له المنع عنه، فيصير بالمنع عنه][٢] غاصبا قياسا.

ذكر محمد - رحمه الله - في وكالة الأصل مسألة تدل على أن المودع إذا دفع الوديعة إلى من له الدين على صاحب الوديعة أنه يضمن، وإن[٣] كان الدين ظاهرًا و[٤] كانت الوديعة من جنس الدين.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ والرواية ثمة، وهكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في آخر شرح كتاب الوديعة.

أودع طستا عند غيره فوضع [المودع][٥] الطست على رأس التنور في بيت فوقع عليه شيء وانكسر، فالجواب فيه على التفصيل: إن كان وضعه على رأس التنور ليغطي[٦] به التنور، يضمن، وإن كان وضعه كما يوضع في العادة [لا][٧] لأجل التغطية، لا يضمن؛ لأن في الوجه الأول: [هو مستعمل][٨].

وفي الوجه الثاني: لا.

ومن هذا الجنس: أودع عند رجل طبقا فوضع المودع الطبق على رأس الجب

---

(١) في م: دفعها.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وإذا.
(٤) في أ: أو.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: ليطفئ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في م: يستعمل.

فوقع، إن كان الوضع على وجه الاستعمال يضمن، وإن كان الوضع [على غير][١] وجه الاستعمال [لا يضمن][٢]، وطريقة[٣] معرفة ذلك أن ينظر: إن كان في الجب شيء نحو الماء والدقيق ونحو ذلك مما يغطى رأس الجب لأجله[٤]؛ كان استعمالا، وإن كان الجب خاليا[٥] أو كان فيه شيء لا يغطى رأس الجب لأجله؛ لم يكن استعمالا.

المودع إذا وضع في الجبانة[٦] فسرقت [الوديعة][٧] ضمن؛ لأنه ضيعها، فإن توجهت السراق نحو المودع فدفن الوديعة في الجبانة[٨] حتى لا تؤخذ من يده أو [فر][٩] من خوفهم، ثم جاء فلم يظفر بالمكان الذي دفن فيه الوديعة، ينظر: إن كان أمكنه أن يجعل له علامة فلم يفعل[١٠] ضمن، وإن لم يمكنه ذلك[١١] وأمكنه العود في أقرب الأوقات بعد زوال الخوف ولم يعد [وأخر][١٢]، ثم جاء فلم يجد الوديعة كان ضامنا، وإن كان رب الوديعة معه يذهبان جملة فلما توجه السراق.

قال له رب الوديعة: ادفنها، فدفنها، ثم ذهب السراق وذهبوا أيضا [بعد ذلك][١٣] أو ذهبوا أولا ثم ذهب السراق ثم حضروا فلم يجدوا المدفون، لا شك أن

---

(١) في م: لا على.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: وليس.
(٤) زاد في أ: إن.
(٥) في م: جافا.
(٦) في أ: الحيلة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: الحيلة.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: يجعل.
(١١) في أ: كذلك علامة.
(١٢) في أ: ولم يفروا خر، وسقط في م.
(١٣) سقط في أ.

المودع لا يكون ضامنا في هذه الصورة حيث دفن بأمر المالك.

فأما إذا كان المودع وحده والمسألة بحالها، فالجواب فيه على التفصيل: إن[١] ذهب السراق أولا ثم[٢] تمكن المودع من رفع الوديعة فلم يدفع وترك ثمة مع الإمكان فهو ضامن، وأما إذا مكث السراق ثمة فخافهم[٣] فذهب، ثم جاء فلم يجد، فهذا على وجهين: إن جاء على الفور[٤] ما أمكنه وزال الخوف فلم يجد فلا[٥] يكون ضامنا، وإن أخر مع الإمكان كان ضامنا، استدلالا بمسألة ذكرها في كتاب الغصب، وأيضا في فتاوى أهل سمرقند: أن السفينة إذا خيف غرقها فرفعوا بعض الحمولات [ووضعوها في][٦] ناحية فضاع شيء من ذلك، إن ضاع قبل زوال الغرق لا يكون الرافع ضامنا، وإن كان ضاع بعد زوال الخوف يكون ضامنا؛ لأنه لما زال الخوف وجب عليه [أن يعيده][٧] إلى السفينة فحيث أخر وقصر كان ضامنا كذا هاهنا.

عن محمد - رحمه الله -: الوديعة لو كانت خاتما فتختم به في الخنصر اليمني؛ لأن من الناس من يستعمل الخاتم على هذا الوجه، وإن تختم وعليه خاتم في ذلك الأصبع، لا يضمن.

قيل لمحمد: إن من الناس من يستعمل خاتمين في أصبع واحد فإن أحدهما يكون للتختم و[٨] الآخر للزينة.

---

(١) في م: إذا.
(٢) في م: و.
(٣) في م: ولم يمكنه الفرار لخوفهم.
(٤) في م: فور.
(٥) في م: لا.
(٦) في م: ووضعوه.
(٧) في م: إعادتها.
(٨) زاد في أ: كان.

قال مشايخنا: وهذا في عرف ديارهم، وأما في بلادنا فقد يستعملون الثانية للزينة أيضا ينبغي[(١)] أن يضمن، وكذا إذا تختم به في أصبع أخرى غير الخنصر.

ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الإجارات في باب إجارة الحلي: أنه لا يضمن؛ لأنه يستعمل كذلك قط استعمال الزينة.

وذكر محمد - رحمه الله -: أيضا أن بعض مشايخنا قالوا: إذا تختم وجعل الفص مما يلي الكف كان حفظا لا استعمالا.

وفي دعوى الجامع: وإذا جعل المودع الخاتم في الخنصر أو البنصر يضمن، وإن جعله في الوسطى أو السبابة أو الإبهام لا يضمن، وعليه الفتوى.

ولو كان المودع امرأة فلبست [الخاتم][(٢)] في أي أصبع كانت[(٣)] ضامنة؛ لأن أصابعها كلها موضع[(٤)] الزينة.

وفي القدوري: إذا وضع الوديعة في حرز ليس فيه ماله يضمن، والمراد منه حرز غير[(٥)] حرز هؤلاء يسكن فيه، أما إذا استأجر [حرزا لنفسه][(٦)] وحفظه فيه لم يضمن، وإن لم يكن فيه ماله.

الدليل على صحة ما قلنا: ما حكي عن نجم الدين النسفي أنه سئل عمن خرج إلى القرى بخرز وبخفاف، فجاء رجل بخفين ودفعهما إليه ليصلحهما فوضعهما في دار رجل ودخل البلدة ثم عاد فلم يجد الخفاف.

قال: إذا[(٧)] كان اتخذ دارا للسكنى بأي طريق اتخذ، فلا ضمان عليه؛ لأنه تركه

---

(١) في م: فيجب.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في م: ليست هي.
(٤) في م: مواضع.
(٥) في م: غيره.
(٦) في م: السفينة.
(٧) في م: إن.

في بيت نفسه، وإن كان وضعه[(١)] في دار رجل فهو ضامن؛ لأنه أمين أودع الأمانة عند آخر فيضمنها المودع.

إذا وضع الوديعة في بيته أو صندوقه فهلكت، فلا ضمان عليه سواء كان الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه أو لا يمكن التحرز عنه.

ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة، وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل غاب وخلف امرأته في[(٢)] منزله الذي فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الوديعة فلم يجدها، فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على المودع[(٣)]، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة، ضمن.

وعن هذه المسألة استخرجوا مسألة صارت واقعة الفتوى.

صورتها: ذهب [أمين[(٤)] لغلام][(٥)] بودائع الناس، فاتفقت أجوبة المفتين [له][(٦)]: هو][(٧)] ضامن إن علم [أن غلامه][(٨)] سارق وليس بأمين.

وفي مجموع النوازل عن محمد: رجل أودع رجلا دابة فأصابها شيء فأمر إنسانًا بمعالجتها[(٩)] فعطبت: أن لصاحب الدابة أن يضمن أيهما شاء، إن ضمن المودع لا يرجع على المعالج، وإن ضمن المعالج رجع على المودع، علم أنها دابة المودع أو

---

(١) في أ: وضعهما.
(٢) في أ: على.
(٣) في م: الزوج.
(٤) في أ: تيميان تيم، وفي مجمع الضمانات: صاحب الفندق سلم الفندق إلى غلامه وذهب الغلام بودائع الناس فأنفقت أجوبة المفتين له كه تيمبان يضمن لو علم بأن غلامه سارق وليس بأمين. من مشتمل الهداية والفصولين.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في م.
(٨) في أ: بغلامه.
(٩) في م: فعالجها.

لم يعلم، إلا إذا قال له المودع: إنها ليست بدابتي ولم أومر بذلك، فحينئذ لا يرجع المعالج على المودع.

إذا نام المودع ووضع الوديعة تحت رأسه أو تحت جنبه فسرقت، فلا ضمان عليه وكذلك إذا وضعت بين يديه ونام، هو الصحيح، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

وقال[١]: إنما لا يجب الضمان في الفصل الثاني إذا نام قاعدًا، أما إذا نام مضطجعا يجب الضمان، وهذا في الحضر، أما في السفر لا يجب الضمان نام قاعدًا أو مضطجعا، وسيأتي جنس هذا[٢] في كتاب العارية إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) في أ، م: وقالوا.
(٢) في م: هذه.

الفصل الثامن
في تجهيل[1] الوديعة

ذكر الناطفي في أجناسه: أن الأمانات تصير[2] بالموت مضمونة إذا لم يبينها، إلا في ثلاثة مواضع:

أحدها: متولي الأوقاف إذا مات ولم يعرف غلتها[3] التي أخذها ولم يبينها، فإنه لا ضمان عليه، وأحاله إلى وقت هلال[4].

الثاني: السلطان إذا [خرج إلى][5] الغزو وغنموا[6] وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع، لا ضمان عليه، وأحاله على السير الكبير.

الثالث: أحد المتفاوضين إن[7] مات وفي يده مال الشركة ولم يبين، لا ضمان عليه، وأحاله إلى شركة الأصل.

وفي الواقعات للناطفي: القاضي إذا قبض من[8] أموال اليتامي ولم يبين فهذا على وجهين:

إن وضعه في بيته ولا يدري أين المال ضمن وإن دفعها إلى قوم ولا يدري إلى من دفعها فلا ضمان.

وفي الهاروني: لو أن المستودع لم يمت ولكن [وجد مجنونا][9] جنونا مطبقا وله

---

(١) في أ: تحبيس.
(٢) في م: تنقلب.
(٣) في م: عينها.
(٤) في أ: وقت هلاك.
(٥) في م: أتى.
(٦) في م: فغنموا.
(٧) في م: إذا.
(٨) في م: قبض.
(٩) في م: جن.

أموال، فطلبت الوديعة فلم توجد [وقد يئسوا من أن يرجع][(١)] إليه عقله، كانت دينا عليه في ماله ويجعل القاضي له وليا يقبضها من ماله ويأخذ بها ضمينا ثقة من [الذين يدفع إليهم][(٢)]، فإن أفاق[(٣)] المستودع بعد ذلك

وقال: ضاعت الوديعة، أو قال: رددتها عليه وحلف على ذلك، رجع بها على الذي دفعها إليه.

وفي الجامع الكبير: صبي ابن اثنتي عشرة سنة يعقل البيع والشراء وهو محجور عليه أودعه رجل ألف درهم وأدرك ومات ولم يدر ما حال الوديعة فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك[(٤)] وهو في يده.

[والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي، وإذا[(٥)] أفاق ثم مات ولم يدر ما حال الوديعة، لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده.

وإن كان الصبي مأذونا في التجارة والمسألة بحالها، فهو ضامن للوديعة [إن شهد][(٦)] الشهود أنه أدرك وهي في يده][(٧)]، فكذلك[(٨)] المعتوه إذا كان مأذونا في التجارة.

ولو أن عبدًا محجورا أودعه رجل مالا ثم أعتقه المولى [ثم مات][(٩)] ولم يبين الوديعة فالوديعة دين في ماله، وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن تعرف الوديعة يقينا[(١٠)] فترد على صاحبها، وإن أذن له المولى في التجارة بعد ما استودع ثم

(١) في أ: وملك المالك إذا رجع.
(٢) في م: الذي يدفع إليه.
(٣) في أ: عاد.
(٤) في أ: أفاق.
(٥) في م: إذا.
(٦) في م: وإن لم يشهد.
(٧) سقط في أ.
(٨) في م: وكذلك في.
(٩) سقط في م.
(١٠) في أ: هنا.

مات، فلا ضمان إلا أن يشهد الشهود أنها كانت في يده بعد الإذن، [وإذا شهد][١] الشهود بذلك ثم مات وترك مالا والوديعة في ذلك كالمال، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

(١) في م: فإذا شهد.

الفصل التاسع
فيما يرجع إلى فعل المستودع

إذا قال المودع: ذهبت الوديعة ولا أدرى كيف ذهبت، كان القول قوله مع اليمين، ولا ضمان.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة: واختلف المتأخرون فيما إذا قال ابتداء: لا أدري كيف ذهبت؟ فمنهم من قال: هو ضامن، ومنهم من قال: لا يضمن، وهو الأصح.

وفي النوازل: إذا قال المودع: دفنت[١] الوديعة في مكان حصين ونسيته، ذكر في بعض [المواضع][٢]: أن فيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: لا يضمن، كما لو قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت.

وقال بعضهم: يضمن؛ لأنه جهل الأمانة فهو بمنزلة ما لو مات مجهلا.

وقال الفقيه أبو الليث: إن قال: دفنت في داري أو كرمي [وما كان في][٣] معناهما لا يضمن إذا كان للكرم أو الدار باب.

أما إذا قال: دفنت في موضع آخر، وقال: لا أدري دفنت [في داري][٤] أو في موضع آخر، يضمن.

وكتب نصير إلى ابن شجاع في مودع[٥] قال: دفنت الوديعة ونسيت موضعها.

قال: إن دفنها في داره، لا يضمن وفي غيره يضمن، فإن[٦] دفنها في كرمه أو

(١) في م: ذهبت.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: أو كان.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: موضع.
(٦) في م: وإن.

داره [ثم نسي][(١)] مكان الدفن إلا أنها سرقت من مكان الدفن، قال: إن كان للكرم أو للدار باب فلا ضمان، وإلا فهو ضامن.

سئل الفقيه أبو بكر عن المودع إذا قال: دفنت الوديعة بين يدي في مكان ثم قمت ونسيتها.

قال: هو ضامن، وإن قال: وضعت بين يدي في داري وباقي المسألة بحالها، إن كان مالا يحفظ في عرصة الدار [ثم عرصة الدار تعد][(٢)] حرزا له فلا ضمان، وإذا[(٣)] كان بخلافه فهو ضامن.

وفي الجامع الأصغر: سئل أحمد بن العباس عمن كانت عنده وديعة لآخر فقال: لا أدري أضيعت أم لم تضيع، فهو ضامن، ولو قال: لا أدري أضاع أو لم أضيع[(٤)]، فلا ضمان.

سئل عن نجار أودع عند غيره زنبيلا [لآلته][(٥)] ثم ادعى أنه كان فيه قدوم وقد ذهب منه.

وقال المودع: لا أدري ما كان فيه.

قال الفقيه أبو جعفر: لا ضمان ولا يمين[(٦)] عليه [حتى يدعي][(٧)] أنه دفنه[(٨)] أو ضيعه، فإن حلف برئ، وإن نكل ضمن.

أودع عند غيره كيسا فيه دراهم ولم يزن عليه، ثم ادعى الزيادة، لا ضمان عليه حتى [يدعي][(٩)] عليه التضييع والخيانة.

---

(١) في م: ولم يبين.
(٢) في م: تعمل.
(٣) في م: وإن.
(٤) في أ: تضع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: ثمن.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: دفع.
(٩) سقط في م.

الفصل العاشر
في رد الوديعة إلى المودع

إذا بعث[١] الوديعة على يدي[٢] من في عياله لا يضمن، فإن بعثها على [يدي ابنه][٣] والابن ليس في عياله، فإن كان الابن بالغا فهو ضامن، وإن كان غير بالغ فلا ضمان؛ لأنه إذا لم يكن بالغا [فالأب][٤] يتصرف فيه فصار من هذا الوجه كأنه في عياله؛ ألا ترى أنه لو بعث[٥] على يدي[٦] عبده وقد آجر العبد من غيره لا يضمن، وإنما لا يضمن لما قلنا.

وعن محمد - رحمه الله - في الوديعة: إذا أتى بالوديعة ووضعها في منزل المودع فضاعت ضمن للمستودع؛ لأن المودع ائتمنه ولم يرض بغيره، وكذلك لو دفعها إلى ابن المودع أو عبده أو إلى أحد ممن في عياله فضاعت ضمن.

وفي الجامع الكبير: أنه لا ضمان[٧].

مودع الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ عن الضمان، والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) في م: رد.
(٢) في م: يد.
(٣) في م: يد.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بعثه.
(٦) في م: يد.
(٧) زاد في أ: في.

الفصل الحادي عشر
في الإنفاق على الوديعة
وفي إنفاق المودع بعض دراهم الوديعة [على نفسه

الوديعة][١] إذا كانت عبدا أو إبلا أوبقرا أو غنما وصاحبها غائب[٢] فرفع المودع الأمر إلى القاضي وأقام بينة أنها وديعة عنده لفلان، أمره القاضي أن ينفق عليها بقدر ما يأمر[٣] القاضي ويكون ذلك دينا على المودع حتى إذا حضر أجبره القاضي على دفع النفقة إلى المودع، هكذا ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في وديعة الكافي.

إلا أن في الدابة إنما يؤمر صاحب الوديعة بدفع النفقة بقدر قيمة الدابة لا زيادة على ذلك، وفي العبد يؤمر بدفع النفقة بالغة ما بلغت، ذكره - رحمه الله - في شرح[٤] الوديعة.

هكذا ذكر المسألة في بعض الكتب، و[في][٥] بعضها ذكر أنه إذا[٦] كانت الوديعة شيئا يمكن أن يؤاجره[٧] وينفق عليها من غلتها أمره القاضي به، وإن كان[٨] شيئا لا يمكن أن يؤاجره[٩] أمره القاضي أن ينفق عليها من ماله يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك، ولا يأمره بالإنفاق زيادة على ذلك بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، وإن أمره بالبيع في أول وهلة كان جائزا.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: فيه.
(٣) في م: يرى.
(٤) في م: شرحه.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: إن.
(٧) في م: يؤاجر.
(٨) في أ: كانت.
(٩) في م: يؤاجر.

إذا كان عند الرجل وديعة دراهم أو شيئا من المكيل أو الموزون فأنفق شيئا منها في حاجته حتى صار ضامنا لما[١] أنفق، لا يصير ضامنا للباقي، وإن جاء بمثل ما أنفق فخلطه[٢] بالباقي صار ضامنا للكل، وهذا إذا لم[٣] يجعل على ماله علامة حتى خلطه بمال الوديعة، أما إذا جعل [علامة][٤] بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق، وأما إذا أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فبدا له ورده إلى موضعه، ثم جاء صاحبه، لا ضمان عليه أصلا، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه الجملة في أول شرح كتاب الوديعة.

* * *

(١) في م: يدا.
(٢) في أ، م: فخلط.
(٣) زاد في م: يكن.
(٤) سقط في م.

الفصل الثاني عشر
فيما إذا كان صاحب الوديعة غير واحد

رجلان أودعا دراهم أو دنانير أو ثيابا أو عبدا، فجاء أحدهما وطلب حصته والآخر غائب.

قال أبو حنيفة: ليس للمودع أن يدفع إليه حصته والآخر غائب.

وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه حصته ولا تكون قسمته جائزة على الغائب.

وضع المسألة في الدفع[١] في الأصل، وفي الجامع الصغير وضعها في الآخذ فقال: ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك، فقد جمع في الكتاب بين المكيل والموزون والعبيد والثياب، وأجاب عن الكل بجواب واحد.

قال: ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما: يدفع.

فمن مشايخنا من قال: بأن الخلاف في الكل واحد؛ ألا ترى أن محمدا - رحمه الله - لم يفصل في الكتاب يبن المكيل والموزون وغيرهما.

ومنهم من قال: الخلاف في المكيل والموزون خاصة، وأما في الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر [حصته بلا خلاف، وهو الأشبه بالصواب.

في المنتقى: لو دفع المودع إلى الحاضر][٢] نصفها [فإن دفعه إليه][٣] ثم هلك ما بقي وحضر الغائب.

قال أبو يوسف: إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد لكون المسألة [مجتهدًا فيها][٤] وإن كان بغير قضاء، فإن شاء الذي حضر اتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع

---

(١) في أ: الرفع، ولعلها: الدافع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) في أ، م: مجتهدة.

به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض.

ولو أراد أحد الرجلين أن يقيم البينة [على المودع أن الوديعة كلها له لا تسمع منه، وكذا لو أراد أن يقيم البينة][١] على إقرار صاحبه وقت الإيداع [أن الوديعة][٢] كلها له لا تسمع بينته، ولو أن المودع في هذه الصورة ادعى هلاك الوديعة أو أخذ الحاكم منه.

فقال أحد المودعين[٣]: قد بقى في يدك شيء من الوديعة، كان له أن يحلفه على ذلك بلا خلاف.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - [وإن كان][٤] لا يرى حق استرداد الوديعة لأحدهما، بل يرى حق الاستحلاف لأحدهما، في فتاوى النسفي.

❊ ❊ ❊

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: المدعيين.
(٤) سقط في م.

الفصل الثالث عشر
في الاختلاف في الوديعة [والشهادة فيها][(١)]

في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل ادعى قبل رجل وديعة وجحدها المودع وأقام المدعي البينة على دعواه وأقام [المدعى عليه][(٢)] بينة على المدعي أنه قال: ما لي على فلان شيء، قال: إن كان مدعي الوديعة [يدعي أن الوديعة قائمة][(٣)] بعينها عند [المدعى عليه][(٤)] فهذه البراءة[(٥)] لا تبطل حقه.

وفيه أيضا: رجل قال: لفلان عندي وديعة ألف درهم وديعة، [ثم قال بعد ذلك: قد ضاعت قبل إقراري، فهو ضامن.

ولو قال: كانت له عندي ألف درهم وديعة][(٦)] فضاعت، فالقول قوله ولا ضمان.

ولو قال: له عندي ألف درهم وديعة قد ضاعت، ووصل الكلام صدقته استحسانا، وصار تقدير هذه المسألة: كانت له عندي ألف درهم وضاعت.

إذا قال المودع: ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء، قبل قوله مع اليمين. إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ما جحد[(٧)] المودع وأقام المودع البينة على الضياع، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: إذا جحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع: لم تودعني.

وفي هذا الوجه: المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة سواء شهد الشهود

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: المودع.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) في م: المودع.
(٥) في أ، م: الردة.
(٦) سقط في أ.
(٧) في م: جحده.

على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود.

[الوجه](١) **الثاني**: ألا يجحد الإيداع وإنما يجحد الوديعة بأن قال: ليس لك عندي شيء ثم أقام بينة على الضياع [قبل(٢) الجحود فلا ضامن و](٣)، إن أقام بينة على الضياع بعد الجحود فهو ضامن(٤).

وفي القدوري: إذا قال المودع للقاضي: حلف المدعي(٥) ما هلكت قبل جحودي، حلفه القاضي على العلم.

إذا قال المودع: قد أعطيتكها، ثم قال بعد أيام: لم أعطكها ولكنها ضاعت، فهو ضامن ولا يصدق فيما قال، وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولا ثم قال: أوهمت قد رددتها عليك، لا يصدق وهو ضامن.

وفي المنتقى: رجل أودع عند رجل وديعة فقال المودع: [ضاعت منذ عشرة أيام، وأقام صاحب الوديعة بينة أنها كانت في يده منذ يومين.

فقال المودع](٦): وجدتها وضاعت قبل ذلك، وإذا ادعى الرد أو الهلاك، وادعى المالك الاستهلاك فالقول قول المودع، وإن أقاما(٧) البينة فالبينة بينة المودع أيضا [لدفع الضرر](٨).

ذكر في شرح الجامع في باب الاختلاف في المرابحة ورأس المال: رجلان جاءا إلى رجل كل واحد منهما قال: أودعتك هذه الوديعة.

---

(١) في م: و.
(٢) في أ: بعد.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: وإن أقام بينة على الضياع قبل الجحود فلا ضمان، وإن أقام بينة على الضياع مطلقا ولم يتعرضوا لما قبل الجحود فهو ضامن.
(٥) في م: المودع.
(٦) سقط في أ.
(٧) في م: أقام.
(٨) في أ: لنفعه، وسقط في م.

فقال المودع: لا أدري أيكما أودعنيها ولا يدري لواحد منهما، فعليه أن يحلف لكل منهما ما [أودعه، ولا وديعة لواحد منهما][١] عنده؛ لأنه نكر دعوى كل واحد منهما فإن أبي أن يحلف لهما أعطى تلك الوديعة إليهما ويضمن مثلها [إن كانت[٢] مثليا][٣]؛ لأنه [أتلف نصف وديعة كل واحد منهما بجهله الطالب وورثة المودع.

قال الطالب قد مات ولم][٤] يبين فصار[٥] دينا في ماله.

وقال[٦] الورثة: كانت قائمة بعينها ثم مات المودع وكانت معزولة[٧] ثم هلكت بعد موته، فالقول قول الطالب هو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت دينا في التركة ظاهرا فلا يقبل قول الورثة.

وفي فتاوى أبي الليث: مات المودع فقال ورثته: قد رد الوديعة في حياته، لم يقبل قولهم والضمان واجب في مال الميت؛ لأنه مات مجهلا، فإن أقام الورثة البينة على إقرار الميت أنه قال في حياته: رددت الوديعة، يقبل؛ لأن الثابت بالإقرار[٨] كالثابت معاينة.

قال المودع لرب الوديعة: قد رددت بعض الوديعة، ومات فالقول قول رب الوديعة فيما أخذ مع يمينه؛ لأن الوديعة صارت دينا ظاهرا إلا قدر ما رد إلى رب الوديعة [والآخذ رب الوديعة][٩] فيكون القول قوله[١٠] مع اليمين في مقدار المأخوذ.

---

(١) في م: أودعها.
(٢) في م: كان.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: وصار.
(٦) في م: وقالت.
(٧) في م: معروفة.
(٨) في أ: بالبينة.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: له.

قال محمد - رحمه الله - في آخر الجامع: رجل أودع ألف درهم.

فقال المودع لصاحب المال: [قد قبضت بعد ودفعتك، ثم مات.

وقال صاحب المال: لم أقبض شيئا.

فقال لصاحب المال][١]: لابد وأن تقر بقبض شيء، وهذا لأن إقرار المودع بقبض بعض الوديعة [كإقرار صاحب الوديعة؛ لأن المودع مسلط على تسليم الوديعة][٢] إلى صاحبها من جهة صاحبها، فصار قوله في تسليم الوديعة كقول صاحبها، فصار كأن صاحب الوديعة قال: قبضت مائة.

وقال الورثة: لا بل تسعمائة، فالقول قول صاحب الوديعة؛ لأن ورثة المودع صاروا ضامنين بتجهيل الموروث، والضامن إذا ادعى على صاحب المال[٣] زيادة قبض كان القول قول صاحب الضمان مع يمينه كما في الغاصب[٤] والمغصوب منه.

وكذلك لو أقر صاحب المال [بعد موت][٥] المودع أنه قبض بعض الوديعة ثم اختلفوا في مقداره فالقول قول صاحب المال مع يمينه [لما ذكرنا أن الورثة صاروا ضامنين بتجهيل الموروث فيكون القول قول صاحب المال[٦] مع يمينه][٧] على ما مر.

شريكان [في][٨] شركة مفاوضة أودع إنسان أحدهما ثم مات المودع من غير بيان

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الضمان.
(٤) في م: الغصب.
(٥) في أ: حالة حياة.
(٦) في أ: الضمان.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في م.

كان الضمان عليهما، فإن قال الشريك الحي[1]: ضاعت في يد شريكي في حياته، لا يصدق لأن الضمان وجب بالتجهيل، ولو ادعى المودع بنفسه أنه [قد كان][2] هلك بعد ما لزمه الضمان بالجحود لم يقبل قوله. وكذا لا يقبل قول الشريك، فعلى[3] هذا التعليل إذا مات المودع مجهلا[4] وادعى الوارث الضياع حال حياته لا يقبل قوله.

* * *

(١) زاد في م: الذي.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: تقدير.
(٤) في م: مجهولا.

الفصل الرابع عشر
في المتفرقات

رب الوديعة إذا طلب الوديعة فقال المودع: اطلبها غدا، فجاء صاحبها غدًا[١]، لطلبها فقال: ضاعت، فإنه يسأل فإن قال ضاعت، قبل قوله: اطلبها غدًا؛ يضمن وإن قال: ضاعت بعده؛ فلا ضمان لانعدام التناقض.

في فتاوى أبي الليث: [والعبد إذا استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن للمولى أن يأخذ الوديعة][٢] تاجرا كان العبد أو محجورا، كان عليه العبد دين أو لم يكن، وهذا إذا لم يعلم أن الوديعة كسب العبد، وأما إذا علم أنها كسب العبد فللمولى حق الأخذ. في آخر وديعة الكافي وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها بمال المولى كان للمولى أن يأخذ.

إذا أودع عند رجل دراهم فجاء بعض عيال المودع وخلطها بدراهم أخرى فلا ضمان على المودع؛ لأن فعل من في عياله كفعله فيما[٣] يؤمر به من جهته، ولكن على الخالط الضمان صغيرا [كان][٤] أو كبيرًا حرًّا كان أو مملوكا. في أول وديعة الكافي.

رجل أودع رجلا صك ضيعة والصك ليس للمودع ثم جاء من كان الصك باسمه وادعى ملك الضيعة والشهود الذين بذلوا خطوطهم [أبوا الشهادة حتى يروا خطوطهم في الصك، فالقاضي يأمر المودع حتى [يريهم الصك][٥] ليروا خطوطهم][٦] ولا يدفع الصك إلى المدعي. هكذا حكي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله-.

---

(١) زاد في أ: فهو ضامن وإن كان قال بعد قول.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) زاد في م: كان مأمورا.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: يري الصك من الشهود.
(٦) سقط في أ.

المودع إنما يضمن بالدلالة على الآخذ[(١)] إذا لم يمنع المدلول عليه من[(٢)] إدخاله الأخذ؛ أما إذا منعه وأخذه على كره منه لا يضمن. شيخ الإسلام في أول وصايا الجامع.

إذا سقط من يد المودع [شيء على الوديعة وأفسدها ضمنها المودع][(٣)]، ذكره شيخ الإسلام في باب ما يضمن الأجير.

المودع إذا أشهد على نفسه أنه أخذ الوديعة قرضا بغير محضر من رب المال، فلا ضمان عليه إلا أن يحركها[(٤)] المودع.

المودع إذا رد[(٥)] الوديعة على المودع ثم جاء مستحق فاستحقها وقد هلكت فلا ضمان على المودع.

فرق بين هذا وبين ما إذا أمر المودع[(٦)] أن يدفع الوديعة إلى رسوله فدفع وهلكت في يد الرسول ثم جاء مستحق واستحقها فإن المستحق بالخيار إن شاء ضمن المودع وإن شاء ضمن رسوله.

استأجر رجلا ليحمل له شيئا له [حمل][(٧)] ومؤنة إلى بغداد إلى رجل فوجد ذلك الرجل غائبا فترك المحمول على يدي[(٨)] رجل عدل ليوصله إلى ذلك الرجل[(٩)]، لا يضمن.

ينظر في إجارات شيخ الإسلام في أثناء مسألة الاستئجار[(١٠)] لحمل الكتاب.

---

(١) في م: الآخر.
(٢) في م: عن.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: يحولها.
(٥) في م: رأى.
(٦) زاد في م: إلى.
(٧) سقط في أ، م.
(٨) في م: يد.
(٩) زاد في م: ببخارا.
(١٠) في أ: الاستحسان.

مؤنة رد الوديعة على المالك، ومؤنة رد المستعار[١] على المستعير، ومؤنة رد المستأجر على المؤاجر[٢]، ومؤنة رد الموهون على الراهن، ومؤنة رد المغصوب على الغاصب.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الشرب: إذا كان زرع بين ثلاثة نفر فحصده [عبيد][٣] أحدهم بأمرهم، ثم قال المدفوع إليه الكل: دفعت نصيبكما إلى هذا دفعة أو دفعتين، وكذباه في الدفع أو كذبه المدفوع إليه في الدفع وصدقه الآخر.

وقال: دفعت بغير أمري، فهو سواء، ويقسم الثلث الذي بقي في يد الدافع بينهم أثلاثا بقي ستة أسهم، بقول المدفوع[٤] إليه الكل: دفعت من ذلك سهمين وهو نصيبي إلى المدفوع إليه البعض، فلا ضمان على ذلك لأني دفعت نصيبي إليه، ومن دفع ملكه إلى غيره لم يضمن شيئا، بقي أربعة أسهم بقول المدفوع إليه البعض وإنه مصدق في ذلك؛ لأن ذلك نصيب[٥] من ستة أسهم وقد أودع عنده.

وإذا قال: دفعت إليه نصيبه وأنكر الآخر كان القول قوله مع اليمين ولا يضمن؛ لأنه يقول: دفعت الوديعة إلى [الآخر، والدافع][٦] متى أقر أنه دفع الوديعة إلى الآخر[٧] يصير ضامنا سهمين من ستة أسهم للشريك الذي لم يدفع إليه [شيئا، فيأخذ الذي لم يدفع إليه][٨] شيئا من ذلك الدافع، وإذا أخذ ذلك يأتي المدفوع إليه البعض ويأخذ من ذلك نصفه، وذلك لأنه يقول: إن الدافع فيما يقول إني دفعت إليك

(١) في م: الاستعارة.
(٢) في م: المؤجر.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: المودع.
(٥) في م: نصيبه.
(٦) في م: الأجنبي والمودع.
(٧) في م: الأجنبي.
(٨) سقط في أ.

سهمين من ستة الذي هو نصيبي مصدق في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه منكر الضمان والقول قول المنكر، وإنما هو غير مصدق في تخليص ما أخذ منه من ضمان السهمين لا شاهد على المدفوع إليه البعض والحكم لا يقطع بشهادة الواحد.

[وكان كالمودع][١] إذا قال لرب الوديعة: دفعت الوديعة إلى رسولك وأنكر الرسول [و][٢] صاحب الوديعة الدفع إلى الرسول[٣] يكون مصدقا في براءة نفسه عن الضمان، وأما في إيجاب الضمان على الرسول لا يكون مصدقا[٤]؛ لأنه شاهد على الرسول بالضمان، والحكم لا يقطع بشهادة الفرد.

وإذا لم يثبت [خلوص][٥] ما أخذ شريك المدفوع [إليه][٦] من ضمان السهمين وأنه بدل مال كان مشتركا بينهما، كان للمدفوع إليه أن يأخذ من ذلك نصفه وذلك سهم واحد، ثم لا يكون لشريك المدفوع إليه البعض أن يرجع على الدافع[٧] بما أخذ منه المدفوع إليه البعض؛ لأن الدافع يقول: أقررت لك بسهمين من ستة وقد دفعتهما إليك، إلا أنه استحق نصفها من يدك [ولو استحق الكل من يدك][٨] لم يكن لك أن ترجع عليَّ بشيء [فإن أقر الاثنان بشيء ودفعاه.

إلى المقر له، ثم استحق من يده، لا يكون له أن يرجع على المقر بشيء][٩] فكيف إذا استحق من [يده نصف][١٠] المقر به فقد حصل للدافع سهم ولكل واحد

---

(١) في م: كان المودع.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: لا.
(٤) في أ، م: مضافا.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: البعض.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: يد كل.

من شريكيه سهمان فيصير خمسة، وذهب أربعة أسهم من تسعة أسهم، فكان كلام الدافع في هذه المسألة متضمنا أربعة أشياء: إقرارا، ودعوى، وإنكارا، وشهادة.

أما الإقرار فلأنه [أقر][(١)] بإيجاب ضمان سهمين لشريكه المدفوع إليه البعض، أما الدعوى فلأنه ادعى خلوص ما في يده لنفسه، أما الإنكار [فإنكار ضمان][(٢)] نصيب المدفوع إليه البعض، أما[(٣)] الشهادة فإنه شهد أن الذي لم أدفع إليه شيئا ما أخذ شيئا من ضمان سهمين خالص له ولا يترك للمدفوع إليه البعض في ذلك؛ لأنه وصل إليه نصيبه، فقد تضمن كلام الدافع في هذه المسألة أربعة أشياء من الوجه الذي بينا. . . .

إذا أودع عند رجل عبدا ثم إن المودع وهب العبد للمستودع [والعبد ليس بحاضر، فقبله المستودع جاز][(٤)] وينوب قبض الوديعة عن قبض الهبة[(٥)]؛ لأن كل واحد منهما قبض أمانة ويصير الموهوب له قابضا العبد بنفس القبض[(٦)] حتى لو مات العبد قبل أن يجدد الموهوب له فيه قبضا يهلك من مال الموهوب له حتى كان الكفن عليه، فإن استحقه رجل، فهو بالخيار إن شاء ضمن الموهوب له وإن شاء ضمن المودع، فإن ضمن الموهوب له هل يرجع على المودع؟ ينظر: إن كان الموهوب له قد جدد قبضا قبل أن يضمنه المستحق لا يرجع بما ضمن على المودع، وإن لم يجدد رجع، هكذا ذكر المسألة في كتاب العلل.

قالوا: وهذا التفصيل من خصائص كتاب العلل.

والفرق: أن الموهوب له إذا لم يجدد قبضا لا ينتفض قبض الوديعة بقبض

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: فإن كان.
(٣) في م: وإنما الإنكار و.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: الوديعة.
(٦) في م: الهبة.

الهبة[١] وليست العبرة بقبض الهبة، والموهوب له في قبض الهبة عامل لنفسه فيكون قرار[٢] الضمان عليه.

رجل كان له عند رجل وديعة فقال المودع لرب الوديعة: دفعت الوديعة إليك بمكة يوم كذا، وأقام رب الوديعة بينة أن المودع في اليوم الذي ادعى الدفع فيه[٣] كان بالكوفة لم أجز هذه الشهادة، ولو أقام البينة على إقرار المودع أنه كان بالكوفة في ذلك اليوم قبلنا الشهادة.

في مناسك المنتقى وفي باب المحضر وفي بيوع الجامع: رجل أودع رجلا جارية فغصبها[٤] منه رجل فأبقت من يد الغاصب، كان للمودع[٥] أن يضمن للغاصب القيمة بقضاء لأن للمودع ولاية استرداد العين بقضاء وبغير قضاء ليتوصل إلى الحفظ بالمأمور به فكان [له][٦] ولاية أخذ القيمة لقيامها مقام العين وتكون القيمة أمانة في يد المودع؛ لأنه نائب عن المالك في أخذ القيمة، فصارت كما كانت الجارية قائمة واستردها، فإن ظهرت الجارية [له][٧] الخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء أخذ القيمة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه لا خيار للمولى في أخذ عين الجارية؛ لأن المودع مأمور بالحفظ وأخذ القيمة من تمام[٨] الحفظ فكانت[٩] القيمة حاصلة[١٠] بأمر المودع فيعتبر كما لو أمره المودع بذلك نصا، وهناك الجارية

(١) في م: الوديعة.
(٢) في م: إقرار.
(٣) في م: مكة.
(٤) في م: فقبضها.
(٥) زاد في أ: من.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: باب.
(٩) في م: فكان.
(١٠) في م: حاصلا.

[قائمة واستردها فإن ظهرت الجارية له الخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء][١] تصير مملوكة للغاصب فها هنا كذلك. وجه ظاهر الرواية: أن المطلوب من المودع الحفظ لا غير، فصار مطلق التصرف [في][٢] الحقظ وما كان من ضروراته.

وليس من ضرورات حفظ القيمة تملك الجارية، فصار في حق تملك الجارية بمنزلة الفضولي، فإن شاء المالك أجازه، وإن شاء رده وأخذ الجارية، فإن أخذ الجارية رجع الغاصب على المودع بما أخذ منه إن كانت قائمة[٣]، وبمثلها إن كانت هالكة [فإن كانت هالكة][٤] حتى ضمن بمثلها رجع به على المالك؛ لأن المودع في قبض القيمة عامل للمالك؛ لأنه مأمور بالحفظ وقبض القيمة في هذه الحالة من جملة الحفظ.

قلنا: ومن عمل لغيره بأمره ولحقه نوع غرم بسبب ذلك العمل كان له أن يرجع بذلك على الآمر[٥] فإن كان المودع أقر أنه قبض القيمة من الغاصب ولم يعلم ذلك إلا بقوله برئ الغاصب من القيمة؛ لأن المودع مأمور بقبض القيمة ها هنا فيقبل قوله في القبض على الآمر، فإن ظهرت الجارية واختار المولى أخذها، كان له ذلك، ويرجع الغاصب على المودع بالقيمة التي أخذها منه إن كانت قائمة وبمثلها إن كانت هالكة، ولا يرجع المودع على المولى ها هنا بما لحقه من العهدة.

فرق بين هذا، وبين ما إذا كان القبض معاينا أو ثبت ببينة، حيث يرجع المودع على المولى بما لحقه[٦] من العهدة[٧].

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: قيمة.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في أ: فإن كان له أن يرجع بذلك على الآمر.
(٦) في أ: بحصته.
(٧) في م: العدة.

والفرق بين هذا: هو أن المودع نائب عن المالك[١] ها هنا في قبض القيمة لكونه نائبا عنه في الحفظ فيصدق في الإقرار في القبض وما كان من ضروراته [و][٢] من ضرورة القبض براءة الغاصب عن الضمان. وأما الرجوع على المولى فليس من ضروراته، إنما[٣] ذلك [راجع للغاصب؛ وهذا لأن][٤] الجارية قائمة فلا يصدق في الإقرار بالقبض في حق الرجوع على المولى، وصار هذا كالوكيل بالبيع إذا أقر باستيفاء الثمن والهلاك عنده، صح إقراره في حق براءة المشتري، إنما لا يصح إقراره في حق الوكيل[٥] حتى لو رد عليه الاستحقاق [و][٦] رجع المشتري على الوكيل، فالوكيل لا يرجع على الموكل كذا هاهنا.

مودع من مالك [راكفت من بباغ ميروم وديعة تزابخانه هو سايه خريش فلان آمد منها وديعت ازخانه أو غائب شد تاواك دار شور مودع أولى ياني بيد كه نشور ويحتمل موب مولى مالي أسد وحفظ» فقال:

الاحتمال الأول: لا يخرج[٧] الأول من أن][٨] يكون مودعا.

وعلى الاحتمال الثاني: يخرج [فلا يخرج][٩] بالشك، وإذا لم يخرج الأول من أن يكون مودعا[١٠] كان حافظا للوديعة في بيته وهو مودع، فلا يجب الضمان عليه إذا ضاع من غير تقصير منه في الحفظ. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) في م: ذلك.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: يتجه.
(٤) في م: رجع الغاصب على المودع وهلاك.
(٥) في م: الموكل.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في م: عن.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.
(١٠) زاد في أ: وعلى الاحتمال.

بسم الله الرحمن الرحيم

[رب يسر](1)

كتاب العارية(2)

---

(1) سقط في م.

(2) العارية لغة: مشددة الياء على المشهور، وحكى الخَطَّابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عواري بالتشديد والتخفيف. قال ابن فَارس: ويقال لها: العارة أيضًا قال الشاعر: [الطويل]

فـأَخْـلِفْ وأَتْـلِفْ إنَّـما الـمال عـارةٌ ... وَكُـلْهُ مَـعَ الـدَّهْـرِ الَّذِي هُـوَ آكِـلُهْ

قال الأزهري: هي مأخوذة من عَار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيّار، وهي منسوبة إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب. وقيل: هي مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوَّروه: إذا تداولوه بينهم. وحاصل الأمر أن العارية: تداول الشيء عارية: أعطاه إياه، فعل به مثل ما فعل صاحبه على أن يعيده.

ينظر: الصحاح (٢/ ٧٦١)، لسان العرب (٤/ ٦٢٢).

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة:

عرفها الحنفية: إنها تمليك المنافع مجانا.

وعرفها المالكية: بأنها تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض.

وعرفها الشافعية: إنها شرعا إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه.

وعرفها الحنابلة: بأنها إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.

والأصل في مشروعية الإعارة الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ فقد روي عن ابن عباس، وابن مسعود أنهما قالا: الماعون: العواري. وفسر ابن مسعود العواري بأنها: القدر، والميزان، والدلو.

وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع: «والعارية مؤداة. والدين مقضي. والمنحة مردودة. والزعيم غارم». وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة».

وأجمع المسلمون على جواز العارية.

ومن المعقول: أنه لما جازت هبة الأعيان، جازت هبة المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا.

واختلف الفقهاء في حكم الإعارة بعد إجماعهم على جوازها، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن حكمها في الأصل الندب، لقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ وقول النبي ﷺ: «كل معروف صدقة». وليست واجبة؛ لأنها نوع من الإحسان. لقول النبي ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك»، وقوله: «ليس في المال حق سوى الزكاة». وقيل: هي واجبة.

واستدل القائلون بالوجوب بقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ﴿٤﴾ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ =

هذا الكتاب يشتمل على ستة فصول:

[الفصل][1] الأول

في بيان ما يملكه المستعير وما لا يملكه

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - [في][2] الجنايات في باب قبل باب التناجش[3] أن للمستعير أن يربط [الدابة][4] في الدار المستعارة؛ لأن هذا من جملة السكنى

= سَاهُونَ ۝٥ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ نقل عن كثير من الصحابة أنها عارية القدر والدلو ونحوهما.

قال صاحب الشرح الصغير: وقد يعرض لها الوجوب، كغني عنها، فيجب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا أجرة لمثله، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته، وهذا المنقول عن المالكية لا تأباه قواعد المذاهب الأخرى. وقد تكون حراما كإعطائها لمن تعينه على معصية. وقد تكون مكروهة كإعطائها لمن تعينه على فعل مكروه.

ينظر: تاج العروس، مادة (عور)، وينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٢)، والاختيار (٢/ ٥٥)، والشرح الصغير (٣/ ٥٧٠)، وشرح الزرقاني (٦/ ١٢٦)، وشرح المنهاج وحواشيه (٥/ ١١٥)، ونهاية المحتاج (٥/ ١١٧)، والمغني (٥/ ٢٢٠)، وفتح القدير (٧/ ٤٦٤).

وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها، كالدور، والعقار، والدواب، والثياب والحلي للبس، والفحل للضراب، والكلب للصيد، وغير ذلك، لأن النبي ﷺ «استعار أدرعا من صفوان». وذكر إعارة الدلو، والفحل. وذكر ابن مسعود عارية القدر، والميزان، فيثبت الحكم في هذه الأشياء. وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها. ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إعارته إذا لم يمنع منه مانع؛ ولأنها أعيان تجوز إجارتها فجازت إعارتها. ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها أو للتزين، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض، وقيل: ليس هذا جائزا، ولا تكون العارية في الدنانير.

وقال الحنفية: إنه تجوز أيضًا إعارة المشاع، سواء أكان قابلا للقسمة أم لا. وسواء أكان الجزء المشاع مع شريك أم مع أجنبي، وسواء أكانت العارية من واحد أم من أكثر؛ لأن جهالة المنفعة لا تفسد الإعارة. ولم نعثر على حكم ذلك عند غير الحنفية.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٧٦٧)، والشرح الصغير (٣/ ٥٧٢)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٢٠)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٢٢٤، ٢٢٥).

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الناجش.
(٤) سقط في م.

فيملكه المستعير كالمستأجر، وليس له أن يؤاجر المستعار من غيره، فأما إذا أجر، صار ضامنا وكان الأجر له يتصدق به.

وهل له أن يودع أجنبيا[(١)]؟

اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ليس له أن يودع، وإليه أشار في وديعة الأصل.

[وفي السير الكبير في باب قبل باب من [يوضع له][(٢)] من الأداء [قبل][(٣)] غيره، واختار مشايخ العراق أن له ذلك، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في آخر عارية الأصل][(٤)]، وبه كان يفتي الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -، والصدر الكبير برهان الأئمة - رحمه الله-.

وهؤلاء قالوا: ما ذكر في وديعة الأصل متأول، وتأويله: أن الإعارة قد انقطعت فبقي مودعا، وليس للمودع أن يودع، ولكن هذا التأويل ليس بصحيح على وضع المسألة في السير.

فإن وضع المسألة ثمة: رجل من المسلمين دخل دار الحرب بفرس له ثم [إنه][(٥)] أعار الفرس راجلا يخرج إلى دار الإسلام [وقال: اخرج عليه إلى دار الإسلام فاقض حاجتك واركبه حتى ترده عليَّ فركبه المستعير وأدخله [دار الإسلام][(٦)] فلم يقدر على الرجعة فدفع الفرس إلى رجل وأمره أن يذهب به إلى صاحبه في دار الحرب][(٧)]، ففي هذه الصورة: الإعارة غير منقطعة؛ لأنه أعاره ليذهب به ويرده

---

(١) زاد في م: فقد.
(٢) في م: يرضخ من.
(٣) في ب: قيل، وسقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في أ.

عليه مع هذا جعل المستعير غاصبا والذي جاء به غاصب الغاصب، قالوا: وهذا الاختلاف بينهما فيما يملك بالإعارة[١]، وأما فيما لا يملك بالإعارة[٢] لا يملك الإيداع بالاتفاق.

وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يقول: وجه الرواية منصوصة أن المستعير لا يملك الإيداع.

وهل له أن يعير؟ فهذا على وجهين:

الأول: أن تكون الإعارة مطلقة، وفي هذا الوجه: له أن يعير، [كان المستعار][٣] شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به[٤] أو لا يتفاوت، حتى [إن][٥] من استعار دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو استعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس فله أن يعير [للركوب واللبس][٦] وإن كان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس.

ولكن إنما يعير[٧] لغيره إذا لم يركب بنفسه أو يلبس بنفسه، فقد اختلف المشايخ:

قال بعضهم: ليس له أن يعير ولو أعار يضمن، وهو اختيار الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي.

وقال بعضهم: ليس له أن يعير وإذا أعار لا يضمن، وهو اختيار شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسي - رحمهما الله-.

وكذلك في الابتداء لو أركب غيره [أو ألبس غيره][٨] ثم أراد أن يركب أو يلبس

---

(١) في م: الإعارة.
(٢) في م: الإعارة.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: منه.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: المركوب والملبوس.
(٧) في م: يعيره.
(٨) سقط في م.

بنفسه، ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا.

وأما إذا كانت الإعارة مقيدة وهو الوجه الثاني، كان للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس فيه [في الانتفاع به][١] حتى إن من استعار دابة ليحمل عليها بنفسه أو عبدًا ليخدمه أو دارا ليسكنها، فله أن يعير من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون في هذه الأشياء.

ولو استعار [ثوبا][٢] ليلبسه أو استعار دابة ليركبها بنفسه ليس له أن يعير من غيره.

وفي [فتاوي أبي][٣] الليث: إذا استعار من آخر شيئا فأعاده وقال [له][٤]: لا تدفع إلى غيرك، فدفع فهلك، فهو ضامن.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: مراده من هذه المسألة [ما][٥] لا يختلف الناس في الانتفاع به، [أما ما يختلف الناس في الانتفاع به][٦] فالمستعير يضمن بالدفع إلى غيره، وإن لم يقل له: لا تدفع إلى غيرك.

قلت: وما ذكر الصدر الشهيد مستقيم فيما إذا كانت العارية مقيدة يشترط على المستعير أن ينتفع بنفسه، أما إذا كانت مطلقة، لا يضمن المستعير بالدفع إلى غيره إذا لم يقل له المعير: لا تدفع إلى غيرك، فإن هذا مما يختلف الناس في الانتفاع به.

وإذا استعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل الطعام عليها، فحمل عليها الوكيل طعام نفسه مثله، لا يضمن في باب

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الفتاوى لأبي.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

خصومة المتفاوضين في كتاب الشركة.

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: استعار دابة أو استأجرها إلى المقابر لتشييع جنازة فركبها ثم رجع فدفعها إلى [غيره ليصلي][١] فسرقت، فلا ضمان على المستعير ولا على المستأجر[٢]، وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت

---

(١) في م: إنسان ليعطي.

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في أن العارية إن تلفت بالتعدي من المستعير فإنه يضمنها، لأنها إن كانت أمانة كما يقول الحنفية: فالأمانات تضمن بالتعدي. ومذهب المالكية كذلك فيما لا يغاب عليه، أي: لا يمكن إخفاؤه، كالعقار والحيوان، بخلاف ما يمكن إخفاؤه، كالثياب والحلي فإنه يضمنه، إلا إذا أقام بينة على أنه تلف أو ضاع بلا سبب منه، وقالوا: إنه لا ضمان في غير ما ذكر.

وعند الشافعية، والحنابلة يضمن المستعير بهلاك الشيء المعار، ولو كان الهلاك بآفة سماوية، أو أتلفها هو أو غيره ولو بلا تقصير. وقالوا: إن تلفت باستعمال مأذون فيه، كاللبس والركوب المعتاد لم يضمن شيئا، لحصول التلف بسبب مأذون فيه.

وحجة الحنفية حديث: ليس على المستعير غير المغل ضمان والمغل هو الخائن. ولأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن، وليس هنا شيء من ذلك. أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على الاختلاف. وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه.

وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع بطريق التعدي، وما هنا ليس كذلك، لكونه مأذونا فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه.

واستدل الشافعية والحنابلة بقول النبي ﷺ في حديث صفوان: «بل عارية مضمونة» وبقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي». ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه العموم.

واستدل المالكية في التفرقة بين ما يمكن إخفاؤه وما لا يمكن بحمل أحاديث الضمان، على ما يمكن إخفاؤه، والأحاديث الأخرى على ما لا يمكن إخفاؤه.

ثم قال الحنفية: إن الإتلاف يكون حقيقة، ويكون معنى. فالإتلاف حقيقة بإتلاف العين، كعطب الدابة بتحميلها ما لا يحمله مثلها، أو استعمالها فيما لا يستعمل مثلها فيه، والإتلاف معنى بالمنع بعد الطلب، أو بعد انقضاء المدة، أو بجحود الإعارة أو بترك الحفظ، أو بمخالفة الشروط في استعمالها، فلو حبس العارية بعد انقضاء المدة، أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة، يضمن؛ لأنها واجبة الرد في هاتين الحالتين، لقوله عليه الصلاة والسلام: «العارية مؤداة»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما =

مستثنى.

وفي فتاوي الفضلى عن محمد - رحمه الله - فيمن استعار دابة فحضرت الصلاة فدفعها إلى غيره ليمسكها فضاعت، فإن كان شرط في العارية ركوب نفسه، فهو ضامن، وإلا فلا.

* * *

= أخذت حتى ترده». ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب. والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه.

ولم ينص المالكية على المراد بالهلاك عندهم، ولكن يفهم من كلامهم في إعارة الدواب أن المراد به تلف العين. قالوا: وإن ادعى المستعير أن الهلاك أو الضياع ليس بسبب تعديه أو تفريطه في الحفظ، فهو مصدق في ذلك بيمينه، إلا أن تقوم بينة أو قرينة على كذبه، وسواء في ذلك ما يغاب عليه، وما لا يغاب.

ينظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٦٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٨٥)، وبدائع الصنائع (٨/ ٣٩٠٦، ٣٩٠٧)، والشرح الصغير (٣/ ٥٧٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٦)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٤٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٢٨)، والمغني (٥/ ٢٢١).

الفصل الثاني
في الألفاظ التي تقع عند العارية
وفي بيان جواز شرط العارية

إذا قال لغيره: أجر لغيرك هذه الدار شهرا بغير شيء، أو لم يقل: شهرًا، لا تكون عارية، في هبة شيخ الإسلام، وقد قيل خلافه.

وإذا قال: ملكتك منافع داري هذه شهرًا، وجعلت لك سكنى داري هذه شهرًا، فهو عارية وشرط جوازها أن يكون الغير قابلا للانتفاع بها مع بقاء العين، وكونه قابلا لتمليك منافعه بعوض بعقد الإجارة، حتى كان إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضا؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها؛ فتعذر العمل بحقيقة الإعارة فجعلناها كناية عن القرض.

وهذا إذا حصل إعارة الدراهم والدنانير مطلقة، أما إذا عين [في الإعارة انتفاعا يتأتى مع بقاء العين، لا يكون قرضا بل يكون [عارية تملك بها المنفعة المسماة دون غيرها، كمن استعار](1)](2) دراهم ليتحمل بها في حانوته [أو ليعيد بها [ميزانا، وهذه الزيادة](3)](4) من شرح شمس الأئمة السرخسي.

قالوا: ويجب أن يكون الحكم في إعارة جميع المكيل والموزون هكذا.

وفي العيون: استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجره فهو ضامن، وهذا إذا لم يقل: لأردها عليك، [وأما إذا قال: لأردها عليك](5)، وهذا عارية، وتصح الإعارة من غير بيان الوقت والمكان.

---

(١) في م: عارية وذلك يجوز أن يعير من صيرفي.
(٢) في أ: ذلك يجوز أن يصير قرضا.
(٣) في م: سنجانة هذه الزيادات.
(٤) في أ: هذه الزيادات.
(٥) سقط في أ.

وما يحمل على الدابة وغير ذلك للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل[(١)] والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها، وإنها نوعان: مطلقة، ومؤقتة، نحو أن يقول في الإعارة: شهرا، أو يقول: إلى مكان كذا، أو يقول: ليحمل عليها كذا ففيما إذا كانت مطلقة تجب رعاية القيد فيه كما في نصوص الشرع، فإنها فيما أطلقت مجراة على إطلاقها، وفيما قيدت تجب رعاية القيد فيه، ومن صفتها أنها [غير لازمة، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء، ومن صفتها أنها][(٢)] ترتفع بمجرد النهي [وتبطل بموت أحدهما، كان نص عليه شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -][(٣)] في شرح كتاب العارية، [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب][(٤)].

❊ ❊ ❊

(١) في م: العمل.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، م.

الفصل الثالث

في إعارة الأرض للبناء [والغراس والزرع][١]

ذكر في المنتقى: أن من استعار من آخر أرضا ليزرعها فأعارها إياه فأذن له في ذلك إلى أن يدرك الزرع[٢] فزرعها، فأراد صاحب الأرض أخذها قبل أن يستحصد [الزرع هو][٣] بالخيار إن شاء قلع الزرع، وإن شاء كانت الأرض عليه بأجرة مثلها إلى أن يستحصد [الزرع][٤] فإن أبي المستعير أن تكون الأرض في يده بأجرة[٥] المثل وكره قلع الزرع أيضا، وأراد أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع.

وقال: زرعي [متصل بأرضك][٦] فأشبه الصبغ المتصل بثوبك فعلي أن أضمنك قيمته كما في الصبغ، فله ذلك، إلا أن يرضى رب الأرض أن يترك الزرع في أرضه حتى يستحصده، وذلك منه وفاء بالشرط الذي شرط في عقد العارية، ولا يلزمه شيء آخر، وذكر هذه الجملة بعد هذا وقال: ليس للزارع أن يضمن رب الأرض.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: في رجل أذن لرجل أن يزرع أرضه فزرعها، ثم أراد صاحب[٧] الأرض أن يخرجها من يده [قبل أن][٨] يستحصد الزرع؛ لأن التغرير بالمؤمن حرام، فإن قال رب [الأرض][٩]: أعطيك البذر ونفقتك وأجرتك ويكون ما

---

(١) في أ: أو الغراس أو الزرع، في م: والغرس أو للزرع.
(٢) في م: بزرعه.
(٣) في م: فالمزارع.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بأجر.
(٦) في أ: يتصل بزوعك.
(٧) في أ، م: رب.
(٨) في م: حتى.
(٩) سقط في م.

زرعته لي، ورضى به الزارع، فإن كان لم يطلع من الزرع[١] شيء [لا][٢] يجوز؛ لأن [الزرع يضمن[٣]][٤] وقطع الزرع قبل النبات لا يجوز، وبعد ما خرج فيه كلام.

وفي المنتقى أيضا عن أبي يوسف: في رجل أعار رجلا دارا فأذن له أن يبني فيها وأراد أن يخرجه.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: [عليه قيمة البناء][٥].

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله -: هذا خلاف جواب الأصل.

وجه ما ذكر هاهنا: أن البناء للدوام وقد أذن له فيه فبالإخراج يصير غارا، ولرفع الغرور أوجبنا القيمة.

وجه رواية الأصل أن [البناء للمعير[٦]][٧]؛ لأنه بنى هذا البناء معتمدا على إذنه مع علمه أن[٨] هذا الإذن [بالبناء][٩] على الجواز دون اللزوم.

وقال أبو يوسف - رضي الله عنه -: ليست عليه القيمة إلا أن تكون العارية مؤقتة وأراد إخراجه[١٠] قبل الوقت فحينئذ يلزمه القيمة.

ووجه ذلك: أن التأقيت[١١] في العارية لابد له من فائدة وذلك بأن يتعلق بها

---

(١) في م: المزارع.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: يصير.
(٤) في م: المزارع يضر.
(٥) في م: فيه.
(٦) في أ: يعير.
(٧) في م: الباني معير.
(٨) زاد في م: بنا.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: إخراجها.
(١١) في م: الثابت.

بعض أحكام العقد اللازم إن كان لا يتعلق بها جميعه، ثم لم يجعل للباني ترك البناء بأجر المثل، ويجعل للزارع ترك الزرع بأجر المثل؛ لأن للزرع غاية معلومة، والأشجار نظير البناء؛ إذ ليس لها غاية.

وفي كتاب الشروط: الرجل يسكن الرجل داره سنة فأذن له أن يبني فيها [ثم بنى](١)، لصاحب الدار أن يخرجه قبل السنة وقد بنى فيها، ولو أنفق في البناء.

[قال: لصاحب الدار أن يخرجه وضمن قيمة البناء](٢) عند علمائنا الثلاثة، إلا أن يقول المستعير: البناء أحب إلي من القيمة، فحينئذ له أن ينقضه.

قالوا: تأويله إذا كان الرفع(٣) لا يضر بالأرض فيكون الخيار للمستعير، فأما إذا كان يضر بالأرض فالخيار لرب الأرض؛ لأن البناء يتبع الأرض [وأن يكون الخيار](٤) لصاحب الأصل دون صاحب التبع، وإن لم يؤقت له وقتا وأراد أن يخرجه كان له ذلك؛ فلا يضمن قيمة البناء عندنا.

وفي كتاب الشروط أيضا: إذا أعار من آخر أرضا وأذن له أن يبني فيها بناء ففعل، ثم جاء مستحق فاستحق الأرض قبل مضى [المدة فنقض](٥) بناء المستعير، فليس له على المعير قيمة البناء للمستعير(٦) سواء كانت العارية مؤقتة [أو مطلقة.

وذكر الخصاف في شروطه فيما إذا كانت العارية مؤقتة](٧) واستحق [الأرض قبل مضي الوقت: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يضمن المعير له قيمة

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: رفع البناء.
(٤) في م: والدار الخيار يكون.
(٥) في م: مدة ويقبض.
(٦) في م: للمعير.
(٧) سقط في م.

البناء.

وأبو حنيفة وأبو يوسف على ما ذكره الخصاف في شروطه فيما إذا كانت العارية مؤقتة واستحق][١] سويا في العارية المؤقتة.

[فرق بين ما][٢] إذا [كان][٣] نقض البناء من المعير، وبين ما إذا كان نقض البناء من المستحق، ومحمد فرق بينهما فأوجب القيمة على المعير إذا كان النقض من المستحق [والله سبحانه وتعالى أعلم][٤].

* * *

---

(١) سقط في أ.

(٢) في م: بينما.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

الفصل الرابع
فيما يكون[١] تضييعا للعارية وما لا يكون

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا كان الرجل على دابة بإجارة أو[٢] عارية فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت، فهو ضامن.

من المشايخ من قال: هذا إذا لم يربطها بشيء، أما إذا ربطها بشيء فلا ضمان.

ومنهم من قال: هو ضامن على [كل][٣] حال.

وإطلاق محمد - رحمه الله - [في الكتاب يدل عليه، وبه كان يفتى شمس الأئمة][٤]؛ وهذا لأنه لما دخل المسجد فقد غيبها عن بصره فصار مضيعا؛ ألا ترى أنها لو سرقت في هذه الحالة لا يجب القطع.

ويؤيده ما قال محمد - رحمه الله - عقب هذه المسألة ولو كان يصلى في صحراء فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت من يده فلا ضمان؛ لأنه لم يضيعها.

وعلى هذا [لو أدخل المستعير الحمل في][٥] بيته وترك الدابة المستعارة في السكة فهلكت، فهو ضامن سواء ربطها أو لم يربطها لما ذكرنا أنه لما غيبها عن بصره فقد ضيعها، حتى لو لم يتصور أنه إذا دخل المسجد أو البيت والدابة لم تغب عن بصره لا يجب الضمان، وعليه الفتوى.

وفي المنتقى: مستعير الدابة إذا نام في المفازة ومقودها في يده فجاء إنسان وقطع

---

(١) في م: إذا كان.
(٢) في م: و.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: لو رد الحمل للمستعير.

المقود وذهب بالدابة [فلا ضمان عليه ولو مد المقود من يده وذهب بالدابة][١] ولم يشعر بذلك، فهو ضامن[٢].

قال الصدر الشهيد في واقعاته: تأويل المسألة: ما إذا نام مضطجعا، وأما إذا نام قاعدا فلا ضمان؛ لأنه لو نام جالسا والمقود ليس في يده لا يعد مضيعا؛ ألا ترى أن محمدًا - رحمه الله-.

قال في المودع: إذا نام جالسا والوديعة بين يديه فسرقت، فلا ضمان، والمودع والمستعير في هذا الأمر على السواء، نص على التسوية شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب السرقة.

قالوا: وإنما يجب الضمان بالنوم مضطجعا إذا كان في السفر، أما إذا كان في الحضر فلا، وعلى هذا إذا نام المستعير قاعدا والمستعار بين يديه فلا ضمان وإن نام مضطجعا إذا كان في الحضر يجب الضمان، وإذا كان في السفر لا يجب.

ولو وضع المستعار تحت رأسه أو تحت جنبه ونام عليه مضطجعًا، لا ضمان.

روى بشر عن أبي يوسف: استعار دابة أو ثوبا في المصر حتى وقعت العارية للاستعمال في المصر ثم خرج بها عن المصر، فإن استعملها فهو ضامن[٣]، وإن لم

---

(١) سقط في م.

(٢) ينظر: البحر الرائق (٧/ ٢٨١).

(٣) استعمال الوديع للوديعة والانتفاع بها، كركوب الدابة، ولبس الثوب ونحو ذلك إما أن يقع بإذن صاحبها، أو بغير إذنه، فإذا استعملها الوديع بإذنه، فلا خلاف بين الفقهاء في حل فعله ومشروعيته.

أما فيما يخص تضمين الوديع بالاستعمال المأذون فيه، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: للحنفية، وهو أنه لا ضمان على الوديع باستعمال الوديعة المأذون فيه، وهذا مقتضى قولهم بانتفاء التعدي بالإذن. وأن الإذن بالاستعمال ليس بمفسد لعقد الوديعة، لأن الشيء إنما يفسد بما ينافيه، والاستعمال لا ينافي الإيداع، ولذا صح الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء.

=

. . . .

= وجاء في المادة ٧٩٢ من المجلة العدلية: كما أن للوديع أن يستعمل الوديعة بإذن صاحبها فله أيضًا أن يؤجرها، ويعيرها، ويرهنها.

والثاني: للشافعية، وهو أن الإذن للوديع باستعمالها يفسد عقد الوديعة، لأنه شرط يناقض مقتضى العقد فيفسد.

ثم ينظر بعد ذلك: فإن استعملها انقلبت عارية فاسدة، وتصير العين مضمونة بيده، إلحاقا لفاسد العارية بصحيحها في الضمان. وإن لم يستعملها بقيت أمانة، إلحاقا لفاسد الوديعة بصحيحها في عدم الضمان، حيث إن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه.

والثالث: للحنابلة، وهو أن المالك إذا أذن للوديع باستعمال الوديعة، فاستعملها حسب الإذن، صارت عارية مضمونة، كالرهن إذا أذن ربه للمرتهن باستعماله. وإن لم يستعملها، فهي أمانة، لأن الانتفاع غير مقصود، ولم يوجد، فوجب تغليب ما هو المقصود، وهو الحفظ، فتبقى وديعة.

أما إذا استعمل الوديع الوديعة بغير إذن ربها، فقد اتفق الفقهاء على أن فعله هذا تعد يستوجب ضمانه.

وقد قيد الشافعية، والحنابلة قولهم بتضمينه في هذه الحالة بما إذا كان استعماله للوديعة خيانة مضمنة، أما إذا كان له عذر فيه، بأن لبس الثوب المودع لدفع العث عنه، أو ركب الدابة لعلفها أو سقيها، وكانت لا تنقاد إلا بالركوب، فلا ضمان عليه بذلك، لأنه مأذون فيه عرفا، فضلا عن كونه محسنا فيه، وما على المحسنين من سبيل.

كما قيد المالكية قولهم بتضمينه بما إذا كان انتفاعه بها على وجه يعطبها عادة، وعطبت. فأما إذا انتفع بها انتفاعا لا تعطب به عادة، وتلفت بآفة سماوية أو غيرها، فلا ضمان عليه. فإن تساوى الأمران أو جهل الحال، فالأظهر الضمان، ولو بسبب سماوي.

ونص المالكية، والشافعية على أن انتفاعه بها بدون إذن صاحبها يوجب عليه أجرة مثلها لربها عن المدة التي بقيت في يده بعد التعدي، لارتفاع الأمانة به.

وقد قيد المالكية وجوب الأجرة للمالك في هذه الحالة فيما إذا كان مثله يأخذ ذلك وإلا فلا.

وقال الشافعية، والحنابلة: يبطل عقد الإيداع بتعدي الوديع على الوديعة باستعمالها والانتفاع بها، ويجب عليه ردها فورا إلى مالكها؛ لأن يده صارت عادية كالغاصب.

واختلف الفقهاء فيما إذا أزال تعديه على الوديعة، بأن ترك لبس الثوب، أو ركوب الدابة ونحو ذلك، وردها ليده سليمة، وعاود حفظها لمالكها، فهل يزول ضمانه بالوفاق أم لا؟ وذلك على قولين:

أولهما: للحنفية، والمالكية، وهو أنه يزول الضمان عنه لزوال ما يؤدي إليه.

قال العيني: لأن الضمان وجب دفعا للضرر الواقع، وقد ارتفع بالعود إلى الوفاق.

وقال ابن نجيم: ولأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع، أتى بالمأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهرا، فترك الحفظ في بعضه، ثم حفظ في الباقي، استحق الأجرة بقدره. =

يستعملها ففي الثوب لا ضمان عليه؛ لأنه حافظ له خارج المصر كما هو حافظ له في المصر، وفي الدابة يجب الضمان؛ لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للنفور فيكون إخراجها تضييعا معنى فيصير ضامنًا.

وفي نوادر المعلى على أبي يوسف - رحمهما الله: استعار محملا أو فسطاطا وهو في مصر فسافر به، لا يضمن، ولو استعار سيفا أو عمامة وهو في المصر فسافر بها، يضمن.

والفرق: أن[1] الاستعارة في الموضعين وإن وجدت في المصر إلا أن المحمل والفسطاط خارج المصر يستعملان فصارت إعارتهما إذنا بالمسافرة بهما ولا كذلك السيف والعمامة.

= وقال في مجمع الأنهر: ولأن الشيء إنما يبطل بما ينافيه، والاستعمال لا ينافي الإيداع، ولذا صح الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء، فإذا زال عاد حكم العقد.

وفي البحر الرائق نقلا عن الظهيرية: أنه يزول الضمان عنه بشرط ألا يعزم على العود إلى التعدي، حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا، وفي عزمه أن يلبسه نهارا، ثم سرق ليلا، لا يبرأ من الضمان.

والثاني: للشافعية، والحنابلة، وزفر، وهو أنه لا يبرأ من الضمان، لأن حكم الوديعة، وهو الاستئمان، ارتفع بالعدوان، فلا يعود إليه إلا بسبب جديد، ولم يوجد، فلا يبرأ من الضمان.

ينظر: درر الحكام (٢/ ٢٦٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢١١)، وقرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: محمد علاء الدين بن محمد بن أمين، طبعة مصطفى الحلبي، ط(٢)، ١٣٨٦هـ (٢/ ٢٣٣)، والمبسوط (١١/ ١١٥)، مجمع الأنهر (٢/ ٣٤١)، البحر الرائق (٧/ ٢٧٧)، وكفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٥٤)، ومواهب الجليل والتاج والإكليل (٥/ ٢٥٤)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٤٠٤)، وشرح الزرقاني على خليل (٦/ ١١٥)، والتاج والإكليل (٥/ ٢٥٤)، وأسنى المطالب (٣/ ٧٩)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٢٢)، والأم (٤/ ٦٠)، وروضة الطالبين (٦/ ٣٣٤)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨٥)، والإقناع، لابن المنذر (٢/ ٤٠٥)، والإشراف على مذاهب أهل العلم، لابن المنذر (١/ ٢٥٦)، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٧/ ١٠٥)، حاشية قليوبي على شرح المنهاج (٣/ ١٨١)، وحاشية الرملي على أسنى المطالب (٣/ ٧٦)، كشاف القناع (٤/ ١٦٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٥٤).

(١) في م: بين.

وعلى قياس ما ذكر في المسألة [المتقدمة في الثوب: [لا ضمان عليه؛ لأنه حافظ له ينبغي ألا يجب الضمان في العمامة والسيف في هذه المسألة.

وعلى قياس هذه المسألة][1][2] ينبغي ألا يجب [الضمان][3] في الثوب في المسألة الأولى، ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق من حيث الوضع يعرف بالتأمل إن شاء الله تعالى.

إذا استعار من رجل بقرا [واستعملها وتركها][4] في المراح فضاعت[5] فهذا على وجهين: إما إذا علم أن المعير [يرضى بكونها][6] فيها [ترعى وحدها][7] كما هو عادة بعض أهل الرساتيق، أو لم يعلم ذلك منه بأن كانت العادة مشتركة.

ففي الوجه الأول: لا ضمان؛ لأنه تركها[8] في المراح بإذنه.

وفي الوجه الثاني: يجب الضمان. في عارية فتاوى أبي الليث.

إذا استعار ذهبا فقلد صبيا فسرق، فإن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه لا يضمن، وإلا فهو ضامن.

المستعير إذا قضى حاجته [من الدابة][9] وردها على يد بعض من في عياله فلا ضمان عليه إن عطبت.

وكذلك إذا ردها على يد عبد صاحب الدابة وهو العبد الذي يقوم على الدابة، لا يضمن إن عطبت الدابة، وإن ردها على عبد لا يقوم على الدابة فعطبت في يده، ذكر

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: واستعمله وتركه.
(٥) في م: فضاع.
(٦) في م: رضي بكونه.
(٧) في م: يرى وحده.
(٨) في م: تركه.
(٩) في م: عبدا ولوه.

شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ما يدل على أنه يضمن فإنه قال: أرأيت لو كان المستعار عنده لؤلؤة فردها على عبد يقوم على الدواب فعطبت في يده كان لا يضمن.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -: لا يضمن استحسانا كما لو لم يجد صاحب الدابة ولا خادمه فربطها على معلفها في دار صاحبها، وهو الصحيح، وإليه أشار [محمد - رحمه الله-][1] في كتاب العارية.

وفي الوديعة إذا ردها على عبد صاحب الوديعة فضاعت[2] في يده [فإن المودع][3] ضامن سواء ردها على عبد يقوم عليها أو لا يقوم عليها هو الصحيح وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله [تعالى-. والله أعلم][4].

❋ ❋ ❋

(١) سقط في م.
(٢) في م: وضاع.
(٣) في م: فالمودع.
(٤) سقط في م.

الفصل الخامس
في خلاف[1] المستعير

ذكر في غصب فتاوى أهل سمرقند: أن من استعار من آخر حمارًا ليحمل [عليه][2] شيئا معينا.

فقال له المعير: خذ عذاره[3] وسقه كذلك ولا تحل عنه فإنه لا يمسك إلا هكذا، فلما مضى ساعة خلا عذاره [وساقه كذلك][4] فأسرع في المشي [فسقط وهلك][5] يضمن المستعير؛ لأنه خالف شرطا مقيدا.

استعار من آخر دابه ليركبها إلى موضع[6] وأخذها[7] في طريق فغصب، فهذا على وجهين:

إذا ذهب [بها][8] في طريق لا يسلكه الناس فهو ضامن، وإن ركبها[9] في طريق يسلكه الناس، فلا ضمان عليه؛ هذا[10] لأنه لا بد من إدخال الطريق تحت الإذن؛ لأن الذهاب إلى مكان بدون الطريق لا يمكن، فأدخلنا تحت الإذن الطريق المسلوك بحكم العرف والعادة، وصار الطريق المسلوك بحكم العادة كالمنصوص عليه.

ولو نص عليه فقال: اذهب إلى مكان كذا في طريق يسلكه الناس لا يضمن، كذا

(١) في م: خلاص.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: عزا.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: فسقطت وهلكت.
(٦) في م: مكان.
(٧) في م: وأخذ بها.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: ذهب بها.
(١٠) في م: هكذا نحكم.

هاهنا.

وفي فتاوي شمس الإسلام الأوزجندي: إذا سلك طريقا ليس هو طريق الجادة[١] وهو الذي يقال [له][٢] بالفارسية «مدينة» يضمن.

وإذا استعارها ليركبها في حاجة مسماة إلى ناحية من نواحي الكوفة فأخرجها إلى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها إليها من غير ذلك المكان فهلكت، فهو ضامن لها.

استعار من آخر ثورا ليكرب أرضه وعين الأرض، فكرب أرضًا أخرى غير تلك الأرض وعطب الثور فهو ضامن؛ لأن الأراضي تختلف في الكراب سهولة وصعوبة، فهو بمنزلة ما لو استعار دابة ليذهب إلى مكان معلوم فذهب إلى مكان آخر تلك المسافة، وهناك يجب الضمان كذا ها هنا.

وكذلك لو أمسك الثور في بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن.

وإذا استعار دابة إلى مكان مسمى فجاوز المستعير ذلك المكان ثم عاد إليه فهو ضامن حتى يردها على المالك.

قيل: هذا إذا استعارها إلى ذلك المكان ثم عاد ذاهبًا لا جائيا، فأما إذا استعارها ذاهبا وجائيا فإذا عاد إلى ذلك المكان المسمى برئ عن الضمان، وهذا لأنه إذا استعارها ذاهبا لا جائيا فإذا بلغ ذلك المكان انتهى العقد، فإذا جاوزه دخلت العين في ضمانه، وإذا عاد إليه فقد عاد إلى الوفاق والعقد ليس بباق[٣] ويبرأ عن الضمان؛ ألا ترى أن المودع إذا [عاد إلى][٤] الوفاق والعقد منته[٥] فإن كان مؤقتا لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد إلى المالك كذا ها هنا.

---

(١) في م: العادة.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: لا.
(٤) في م: ادعى.
(٥) في م: ينتهي.

وأما إذا استعارها ذاهبا وجائيا، فإذا عاد إلى ذلك المكان فقد عاد إلى الوفاق والعقد باق، فهذا القائل يسوي بين المودع والمستعير، وبين المستأجر إذا خالف ثم[١] عاد إلى الوفاق ونقول براءة الكل عن الضمان.

[ومن المشايخ من قال في مسألة العارية: لا يبرأ عن الضمان][٢] ما لم يردها على المالك سواء استعارها[٣] ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا.

وهذا القائل يقول: إن[٤] المستعير والمستأجر إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان، بخلاف المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فالقول أشبه.

والتفصيل الذي ذكرنا في مسألة العارية مذكور في الشروط والنوادر، وإليه أشار محمد في عارية الأصل، وبه أخذ شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله-.

استعار من آخر دابة ليحمل عليها شيئا فحمل عليها غير ذلك، فهذه المسألة على أربعة أوجه:

الأول: أن يحمل عليها غير ما سماه المالك إلا أنه مثل ما سماه المالك في الضر على الدابة من جنسه، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره، وفي هذا لا ضمان عليه.

الثاني: إذا خالف في الجنس إلا أنه أقل مما سماه المالك في الحضور على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزه شعير فهلكت، لا ضمان عليه استحسانا.

---

(١) في أ: فقد.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: أجرها.
(٤) في م: بأن.

فأما إذا حمل عليها أكثر من عشرة[١] أقفزة شعير إلا أنه في الوزن مثل الحنطة. ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أنه يضمن مطلقا.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أنه لا يضمن استحسانا، وهو الأصح.

الثالث: إذا خالف إلى ما هو أضر بالدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها آجرا أو حديدا مثل وزن الحنطة فهو ضامن، وكذلك إذا حمل في هذه الصورة قطنا أو تبنا أو حطبا أو كرما.

الرابع: أن يخالف في القدر بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل [عليها][٢] خمسة عشر مختوما فهلكت الدابة، وفي هذا الوجه يضمن [ثلث][٣] قيمتها وهذا بخلاف ما إذا استعار ثورا ليطحن عليه[٤] عشرة مخاتيم فطحن [به][٥] أحد عشر مختوما يضمن جميع قيمة الدابة، وموضع الفرق في[٦] كتاب العارية من شرح شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا إذا كانت الدابة تطيق خمسة عشر مختوما، فإن كانت لا تطيق يصير متلفا [لها][٧] فيضمن جميع قيمة الدابة. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) زاد في م: مخاتيم.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: به.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: أول.
(٧) سقط في م.

الفصل السادس
في المتفرقات

إذا استعار سيرا للأذين، ويقال بالفارسية «خوازه» فضاع لا يضمن المستعير إذا لم يترك [المستعير][١] حفظه.

في فتاوى أبي الليث: إذا استعار دابة إلى الليل وهلكت قبل الليل لا يضمن، وإن هلكت في اليوم الثاني ضمن، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في الأصل.

وبعض مشايخنا قالوا: إنما يضمن إذا انتفع بها في اليوم الثاني حين [أذن][٢] يصير عاصيا مخالفا بالاستعمال بعد مضى الوقت، أما بدون ذلك لا يضمن كما في المودع، فإن المودع إذا أمسك الوديعة بعد انقضاء المدة بأن كان المالك قال له: احفظ وديعتي اليوم، فهلكت في اليوم الثاني، فهناك [لا يجب الضمان فها هنا][٣] كذلك.

ومنهم من قال: يجب الضمان على كل حال.

وإطلاق محمد - رحمه الله - يدل عليه، وبه كان يفتي شمس الأئمة [رحمه الله، وهو الأصح.

وقد فرقوا بين][٤] العارية والوديعة، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن المستعير إنما أمسك العين بعد المدة لنفسه؛ لأنه إنما أمسكها[٥] بقبضه السابق، وقبضه السابق كان لنفسه إلا [أن][٦] في المدة كان لا يضمن لكونه

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: السرخسي وهؤلاء من قوانين.
(٥) في م: أمسكه.
(٦) سقط في م.

مأذونا في القبض وبعد [ما تمت][١] المدة وانتهى الإذن [وهنا قابض لنفسه فيضمن به، ولا كذلك المودع؛ لأن المودع][٢] يمسك للمالك؛ لأنه يمسكه بالقبض السابق وذلك كان للمالك، والقبض للمالك لا يصلح سببا للضمان.

والثاني: أن مؤنة الرد[٣] على المستعير فكأن المالك قال للمستعير: رد المستعار علي بعد انقضاء المدة، فإذا لم يردها [امتنع عن الرد][٤] بعد طلب المالك فإنه سبب الضمان ولا كذلك المودع، فإن رد الوديعة ليس[٥] على المودع بل[٦] على المالك فلا يصير المالك طالبا منه الوديعة[٧] بعد انقضاء [المدة][٨] حتى يقال: منع الوديعة بعد طلب المالك فلهذا افترقا.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: نفقة المستعار على المستعير[٩].

(١) في م: انتهت.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: رد المستعار.
(٤) في أ: حتى يقال منع الوديعة.
(٥) في م: ليست.
(٦) زاد في م: هي.
(٧) في م: الرد.
(٨) سقط في م.
(٩) لا خلاف بين الفقهاء في أن الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤنة، تكون نفقتها ومصاريفها على صاحبها لا على الوديع. فإن أذن مالكها للوديع بالإنفاق عليها، كان وكيلا عنه في ذلك، ويعود عليه بما أنفق. فإن لم ينفق عليها، ولا أذن له بالإنفاق، فللوديع مطالبته بالإنفاق عليها، أو ردها، أو الإذن له بالإنفاق عليها، ليرجع عليه به. وهذا إذا كان حاضرًا.
فإن كان غائبا، فقد اختلف الفقهاء في الإجراء الذي ينبغي للوديع أن يتبعه من أجل الإنفاق عليها، وذلك على النحو التالي:
فذهب الحنفية إلى أن المستودع يرفع الأمر إلى الحاكم، والحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأنفع والأصلح في حق صاحب الوديعة؛ لأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة، فإن كان يمكن إكراء الوديعة، فيؤجرها الوديع برأي الحاكم، وينفق من أجرتها. وإن لم تكن صالحة للكراء، فيأمره ببيعها فورا بثمن المثل، إن كان الأصلح لصاحبها ذلك.
وإن كان الأصلح أن تبقى له، فيأمره بأن ينفق عليها من ماله إلى ثلاثة أيام رجاء أن يحضر المالك، فإن لم يحضر خلالها أمره ببيعها.
=

....

=

وقيد الحنفية الإنفاق على الوديعة إذا كانت حيوانا بألا يتجاوز هذا الإنفاق قيمة الحيوان، فإن تجاوزها فللمستودع أن يرجع بقدر قيمة الحيوان لا بزيادة على ذلك.

وقال الشافعية: إن فقد المالك، أو وكيله فيراجع الوديع الحاكم ليقترض الوديع على المالك، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها، أو يبيع جزءا، منها أو جميعها إن رآه.

فإن فقد الحاكم تصرف الوديع وفق ما ذكر بنفسه وأشهد ليرجع، فإن لم يشهد لم يرجع في أحد وجهين، وهو المعتمد.

وقال إمام الحرمين: والقدر الذي يعلفها على المالك هو الذي يصونها عن التلف والتعييب لا ما يحصل به السمن.

وقال الحنابلة: يرفع الوديع الأمر إلى الحاكم، ليأمر بالإنفاق عليها من مال صاحبها إذا كان له مال؛ لأن للحاكم ولاية على مال الغائب، فإن لم يكن له مال، فعل ما يرى فيه الحظ للغائب من بيعها وحفظ ثمنها لربها، أو بيع بعضها لنفقة الباقي، أو إجارتها لينفق من أجرتها عليها، أو الاستدانة على صاحبها، أو الإذن للوديع بالإنفاق عليها من ماله ليرجع على صاحبها.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١)، والنتف في الفتاوى للسغدي (٢/ ٥٨١)، مادة (٧٨٦) من المجلة العدلية، والفتاوى الهندية (٤/ ٣٦٠)، درر الحكام (٢/ ٢٥١، ٢٥٢)، وبداية المجتهد (٢/ ٣١٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٨٥)، كشاف القناع (٤/ ١٨٩)، والمغني (٩/ ٢٧٤)، المادة (١٣٣١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، وشرح المجلة للأتاسي (٣/ ٢٥٧).

ولو أنفق الوديع على الوديعة بدون إذن الحاكم، فهل يرجع على صاحبها بما أنفق؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول للحنفية، والشافعية: وهو أنه لا رجوع له على صاحب الوديعة بشيء؛ لأنه متطوع بما أنفق لإنفاقه على ملك الغير بغير أمره.

والثاني للمالكية: وهو أنه إذا أنفق عليها نفقة تلزمها، فإنه يرجع على صاحبها بما أنفق عليها، ولو وقع ذلك بدون إذنه، أو إذن الحاكم إذا ثبت الإنفاق بالبينة.

والثالث للحنابلة: وهو أنه إن لم يقدر على استئذان الحاكم، فأنفق عليها ناويا الرجوع على صاحبها بنفقتها، وأشهد على الرجوع، رجع عليها بما أنفق رواية واحدة؛ لأنه مأذون فيه عرفا، ولا تفريط منه إذا لم يجد حاكما.

وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه، فهل له الرجوع؟ يخرج على روايتين:

إحداهما: يرجع به؛ لأنه مأذون فيه عرفا.

والثانية: لا يرجع، لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم، على الصحيح من المذهب.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠١)، درر الحكام (٢/ ٢٥٢)، المبسوط، للسرخسي (١١/ ١٢٦)، الكافي، لابن عبد البر (٢/ ١٣٧)، المدونة (١٥/ ١٥٧)، الأم (٤/ ٦٣)، الإشراف، لابن المنذر (١/ ٢٦٢)، المغني، لابن قدامة (٩/ ٢٧٥)، والإنصاف (٦/

=

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي حاكيا عن أستاذه: أن المستعير لا يجبر على الإنفاق على العارية؛ لأنه لا لزوم في العارية، ولكن يقال للمستعير: إنه أحق بالمنافع، فإن شئت فأنفق عليه لتحصل لك منفعته[1]، وإن شئت فخل يدك عنه وإما[2] تجبر على الإنفاق.

امرأة استعارت من امرأة سراويل لتلبسه فلبسته وهي تمشي [وانزلقت[3] برجلها][4] فتخرق السراويل، فلا ضمان عليها؛ لأنه لا صنيع لها فيه. في فتاوى أهل سمرقند.

امرأة أعارت شيئا بغير إذن الزوج إن أعارت من منافع ما يكون في يدها [عادة][5]، فلا ضمان؛ لأنها أعارت بإذن الزوج، فإن أعارت ما لا يكون في يدها عادة فضاع ضمنت. في هذا الموضع أيضا.

للأب أن يعير ولده وهل له أن يعير مال ولده؟

فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: له ذلك، وعامتهم على أنه ليس له ذلك. في أول وكالة شمس الأئمة الحلواني.

استعار من رجل ثورا[6] يساوي خمسين ليستعمله فقرنه مع ثور[7] يساوي مائة فعطب الثور العارية.

قال الفقيه أبو بكر: إن كان الناس يقرنون مثل هذا الثور[8] مع مثل [ذلك

= ٣٢٠، ٣٢١).

(١) في أ، م: المنفعة.
(٢) في م: أن.
(٣) في م: وارتفعت.
(٤) في أ: وارفعت مرطها.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: ثوبا.
(٧) في م: ثوب.
(٨) في م: الثوب.

الثور][1] فلا ضمان على المستعير؛ لأنه فعل ما فعل بالإذن عرفا، فإن كانوا لا يقرنون مثل هذا الثور[2] مع مثل ذلك الثور[3] فهو ضامن.

إذا استعار من آخر شيئا [له][4] ليرهنه فذلك جائز وإنه معروف[5].

---

(١) في م: هذا الثوب.

(٢) في م: الثوب.

(٣) في م: الثوب.

(٤) سقط في م.

(٥) ليس للمستعير أن يؤجر العارية، ولا أن يرهنها بدون إذن المعير؛ لأنه لما كانت الإعارة من العقود غير اللازمة فهي دون الرهن والإيجار، وبما أن الرهن والإيجار من العقود اللازمة التي هي فوق الإعارة، فلا يتضمن الشيء ما فوقه.

لأن عقد الإجارة لازم ونظرا لكون العارية غير لازمة، فللمعير أن يرجع عنها في أي: وقت أراد، فلو جوزنا إجارة المستعار لاقتضى ذلك ألا يكون للمعير حق الرجوع قبل انقضاء مدة الإجارة، وأن ينتظر حتى تنتهي مدة الإجارة بين المستعير والمستأجر، وبهذا يتضرر المعير.

أو أننا نقول في مقام الإثبات: لو كانت إجارة العارية جائزة لوجب أن نقول بلزوم ما لم يلزم (كالعارية) فلو جازت إجارة العارية لاقتضى ذلك لزوم العارية، لعدم إمكان الاسترداد في مدة الإجارة، وهذا مخالف لموضوعات العارية، أو نقول بعدم لزوم ما يلزم كالإجارة، وعدم لزوم الإجارة مخالف لموضوعاتها.

ويثبت عدم جواز الرهن في العارية على الوجه الآتي: وهو أن الرهن بعد القبض يكون عقدا لازما من جهة الراهن وهو كعقد الإجارة، أي: أنه لو جاز الرهن فإما أن يوجب ذلك لزوم ما لا يلزم وهو العارية، أو يوجب عدم لزوم ما يلزم وهو الرهن.

ويثبت ذلك أيضًا بصورة أخرى وهو: أن الرهن هو إيفاء، وليس للمستعير أن يوفي دينه بمال الآخر بدون إذنه، ويستفاد من إطلاق هذه المادة أن إيجار ورهن العارية غير جائز، سواء أكانت من الأموال التي تختلف باختلاف المستعملين أم لا تختلف، وقد ظهرت الأسباب التي جوزت إعارة المستعير للعارية التي تختلف باستعمال المستعملين وعدم جواز الإجارة فيها.

ويستفاد من هذه المادة أن للمستعير إيجار العارية ورهنها بإذن المعير.

وكذلك لو استعار مالًا ليرهنه على دين عليه في بلد فليس له أن يرهنه على دين عليه في بلد آخر.

وإذا كان إذن صاحب المال مقيدا بأن يرهنه في مقابلة كذا دراهم، أو في مقابلة مال جنسه كذا، أو عند فلان، أو في البلدة الفلانية، فليس للمستعير أن يرهنه إلا على وفق قيده وشرطه.

ولو أجر المستعير العارية من آخر بلا إذن المعير، أو إذا استعار مالا ليرهنه في مقابل دين =

وإذا استعار ليؤاجره فهو جائز أيضا.

ذكر شيخ الإسلام في باب الاختلاف في المزارعة: طلب من آخر[1] ثورا عارية فقال له المعير: أعطيك غدا [فلما كان الغد][2] أخذ المستعير الثور بغير إذن صاحبه واستعمله فعطب الثور في يده.

ذكر في فتاوى أبي الليث: أن عليه الضمان.

وفي مجموع النوازل: أنه لا ضمان عليه.

إذا اشترط الخراج على المستعير في العارية تصير العارية إجارة فاسدة؛ لأن الخراج على المعير، فإذا [شرط][3] على المستعير فقد جعله بدلا عن المنافع [بعد أن كان بمعنى][4] الإجارة والعبرة للمعاني في العقود[5]، وتكون الإجارة فاسدة؛

= عليه في بلدة، فرهنه في مقابل دين آخر عليه في بلدة أخرى وتلفت العارية أو ضاعت، لزم الضمان على المستعير الأول مع المستعير الثاني أو المرتهن وقت التسليم، أي: يلزم ضمان قيمتها يوم تسليمها؛ لأن المستعير يعتبر متعديا بالتسليم المذكور، وهذا الإيجار والرهن والتسليم من قبيل الغصب، أما إذا لم يتلف فللمعير حق في استرداده.

(١) في م: رجل.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لفقدان معنى.

(٥) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني:

والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، وكذا ما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود.

وقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه، وإن خالفت لغة الشرع وعرفه، ومنه انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها، مما يفيد معنى تلك العقود في العرف كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والعطاء، وانعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرفنا الحاضر.

ولذلك جعلوا الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءته كفالة. وما ذاك إلا اعتبارًا «لجانب المعنى وإلغاء لخصوص المبنى».

المراد بالعقود المذكورة في هذه القاعدة: العقود المبنية على الأغراض والمقاصد، لا على الألفاظ، كالبيع، والإجارة، والحوالة، تعتبر فيها المقاصد والمعاني؛ ولا عبرة =

لأن قدر الخراج مجهول.

أما إذا كان خراج مقاسمة فظاهر؛ لأنه بعض الخراج، والخراج قد يزداد وقد ينتقض.

وأما إذا كان خراج وصية فلان فإن كان مقدرًا إلا أن الأرض لم تحتمل ذلك القدر

= للألفاظ.

قال ابن القيم - رحمه الله - في كتابه إعلام الموقعين (٣/ ٩٨): وتأمل قول النبي ﷺ: «صيد البر لكم حلال، وأنتم حرم، ما لم تصيدوه أو يصد لكم»، كيف حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال، إذا كان قد صاده لأجله، فانظر كيف أثر القصد في التحريم، ولم يرفعه ظاهر الفعل... إلى أن قال: (فهذه النصوص وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها، وأحكام الشريعة تقتضي ذلك أيضًا، فإن الرجل إذا اشترى، أو استأجر، أو اقترض، أو نكح، ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه، كان له، وإن لم يتكلم به في العقد، وإن لم ينوه له، وقع الملك للعاقد، وكذلك لو تملك المباحات من الصيد، والحشيش، وغيرها، ونواه لموكله، وقع الملك له عند جمهور الفقهاء).

وقال في ص (١٠٩): (وإنما النزاع في الحمل على الظاهر حكمًا بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما أظهره، فهذا هو الذي وقع فيه النزاع، وهو هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريمًا، فيصير حلالاً تارة، وحرامًا تارة أخرى، باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحًا تارة وفاسدًا تارة باختلافها).

وبعد سوقه عددًا من الأمثلة قال: (فالنية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابعٌ لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها، والنبي ﷺ قد قال كلمتين كفتا، وشفتا، وتحتهما كنوز العلم، وهما قوله: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»، فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعمّ العبادات، والمعاملات، والأيمان، والنذور، وسائر العقود والأفعال).

وهذا مذهب الحنفية، والمالكية أيضًا، وهو أحد الوجهين المعمول به في بعض الأحوال عند الشافعية.

ينظر: المبسوط (٢٢/ ٢٣، ٢٥)، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٦)، مواهب الجليل (٤/ ٢٢٩)، المجموع (٩/ ١٧٢)، مغني المحتاج (٢/ ٤٦١)، كشاف القناع (٣/ ٥٤٧).

ينتقص عنه، وجهالة البدل في الإجارة توجب فساد الإجارة، ومحله[١] في ذلك أن يؤجر الأرض منه سنة معلومة ببدل معلوم ثم مات[٢] فإنه يؤدي من ذلك خراجها إلى السلطان فإنه جائز وكله أداء ما عليه[٣] للسلطان من مال استحق[٤] عليه بعقد الإجارة.

رجل استعار من آخر فرسا حاملا ليركبها إلى موضع كذا [فأردف مع نفسه رجلا][٥] آخر فأسقطت جنينا، فلا ضمان على المستعير في الجنين، ولكن إذا[٦] انتقصت الأم بسبب ذلك فعليه نصف النقصان؛ لأن النقص[٧] حصل بركوبه وركوب غيره، وركوبه مأذون فيه لا يصلح سببا للضمان، وركوب غيره ليس بمأذون فيه [فيقضي بضمان][٨] النقصان، فأوجبنا[٩] عليه ضمان النصف[١٠]، هذا إذا كان الفرس بحال يمكن أن يركبه اثنان، فأما إذا لم يكن فهو إتلاف ويجب ضمان جميع النقصان على المستعير.

رجل في يده ثوب عارية لرجل، طلب رب[١١] الثوب ثوبه.

فقال المستعير: نعم أدفع، وفرط في الدفع حتى مضى سنة ثم هلك الثوب، فهذا على وجهين:

---

(١) في م: ومحمله.
(٢) في م: ما ير.
(٣) زاد في أ: ما.
(٤) في م: ما يستحق.
(٥) في أ، م: فركبها فولدت مع يعينه رجل.
(٦) في م: إن.
(٧) في م: النقصان.
(٨) في م: فنصف ضمان.
(٩) في أ: فإن جنى.
(١٠) زاد في أ: برأ و.
(١١) في م: صاحب.

إما أن يكون[(١)] المستعير عاجزا عن الرد وقت الطلب، ففي هذا الوجه لا ضمان عليه.

وأما إذا كان قادرا على الرد وقت الطلب، ففي هذا الوجه المسألة على ثلاثة أقسام: أن ينص صاحب الثوب على الرضا بأن قال: لا بأس به، فلا،ضمان ويكون هذا منه بمنزلة ابتداء عارية، [وإن صرح بسخط، أو مكث][(٢)] ولم يقل شيئا، فهو ضامن. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله-.

إذا أرسل رجلا يستعير دابه من فلان إلى خمسين ميلا، فجاء الرسول إلى فلان وقال: إن فلانا يقول لك: عرني دابتك إلى سمرقند، فدفعها إليه [فجاء الرسول بالدابة إلى الذي أرسله ودفعها إليه][(٣)]، ثم بدا للذي أرسله أن يركبها إلى سمرقند وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته [لا ضمان عليه؛ وإن ركبها إلى جيحون فهلكت تحته][(٤)]، كان عليه الضمان. في آخر عارية الكافي.

إذا قال الرجل لغيره: أعطيتك دابة وهلكت [عندك[(٥)] وقال ذلك الرجل: بل أعرتني وهلكت][(٦)]، فإن لم يكن ركبها، فلا ضمان عليه، وإن كان قد ركبها كان عليه الضمان.

ولو قال رب الدابة: قد أجرتكها، وادعى الآخر العارية[(٧)]، كان القول قول مدعي العارية، وإن كان قد ركبها. في هذا الموضع أيضا.

---

(١) في م: كان.
(٢) في أ، م: وإنه نص على السخط أو سكت.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: عندي.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في م: لا إعارة.

صبي استعار من صبي شيئا كالقدوم ونحوه فأعطاه وكان الشيء لغير الدافع فهلك في يده، إن كان الصبي الأول مأذونا لا يجب على الثاني شيء، وإنما يجب على الأول؛ لأنه إذا كان مأذونا صح الدفع منه فكان الهلاك حاصلا بتسليطه. ولو كان ذلك [غير مأذون][١] لا يضمن الثاني أيضا لما قلنا.

وإن كان الأول محجورا عليه يضمن هو بالدفع ويضمن الثاني بالأخذ منه، ويكون الأول غاصبا [والثاني غاصب الغاصب][٢]. استعار رجل من غيره شيئا فدفع ولد الصغير المحجور ذلك الشيء إلى غيره عارية فضاع، ضمن الصبي الدافع وكذلك المدفوع إليه؛ لأن الأول[٣] غاصب وكذا الثاني.

رد[٤] المستعار على المستعير ورد المستأجر على المؤجر[٥] والعبرة لما يعود ويحصل[٦]، والحاصل [للمؤجر[٧] النفع وللمستأجر المنفعة][٨] وبدل المنفعة عينا فكان خيرا من المنفعة[٩]، فكانت مؤنة الرد عليه، والحاصل للمستعير المنفعة[١٠]، والمعير لا شيء له وكانت مؤنة الرد عليه وإنما يعود إليه ملكه لا غير، فكان المستعير أسعد حالا وكانت مؤنة الرد على المستعير[١١] في شرح الجامع الصغير في باب مسائل متفرقة من كتاب الإجارات ذكره الشيخ الإمام حسام الدين - رحمه الله- آمين.

---

(١) في أ: الشيء.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الغاصب.
(٤) في م: و.
(٥) في أ، م: الآجر.
(٦) في م: وتحصيل.
(٧) في أ: للأجير.
(٨) في م: للأخير المنتفع المستأجر النفقة.
(٩) في م: النفقة.
(١٠) في م: النفقة.
(١١) في م: المعير.

كتاب الشركة[1]

هذا الكتاب يشتمل على سبعة فصول:

الأول: في بيان أنواع الشركات، وشرائطها، وأحكامها

---

(١) الشَّرِكَةُ في اللغة: مصدر من الفعل الثلاثي: شَرِكَ يَشْرَكُ شِرْكًا، أو اسم مصدر من الثلاثي المزيد: شَارَكَ يشارك مشاركة، أو من المضعف شَرَّكَ يُشَرِّكَ تَشْرِيكًا.
وفي لفظ الشَّرِكة لغات أشهرها ثلاثة هي: «شِرْكَة» بكسر فسكون «وشَرِكَة» بفتح فكسر «وشَرْكة» بفتح فسكون.
قال ابن القطاع: يقال: شَرِكْتُكَ في الأَمْرِ: أَشْرَكُكَ شِرْكًا وشِرْكَةً، وحكي: بوزن نعمة وسرقة.
وحكى مَكِّي لغة ثالثة: شَرْكَة بوزن تَمْرَةٍ.
وحكى ابن سيده: شَرِكْتُه في الأمر وأشْرَكْته.
وقال الجوهري: وشَرَكْتُ فلانًا: صرت شَرِيكَهُ، واشْتَرَكْنَا، وتَشَارَكْنَا في كذا، أي: صِرْنا فيه شُرَكَاءَ. والشِّرْك بوزن العِلْم: الإِشْرَاكُ، والنَّصِيبُ. والشَّركة واحدة الشركات، وواحد الشُّرَكاء: شريك، يجمع عَلى شُرَكَاء وأَشْرَاك، ومعناها الاختلاط، أو خلط المِلْكَيْن، أو مخالطة الشريكين واشتراكهما في شيء وَاحِدٍ.
وقيل: هو أن يُوجَدَ شيء لاثنين فَصَاعِدًا، عينًا كان ذلك الشيء أو معنى.
وقيل: أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أَحَدُهُمَا.
وحاصل ما قيل: أن معنى الشركة في اللُّغَة، الاختلاط والامتزاج. وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكْهُ فِىٓ أَمْرِى﴾ [طه: ٣٢].
- وقوله تعالى: ﴿فِيهِ شُرَكَآءُ مُتَشَٰكِسُونَ﴾ [الزمر: ٢٩].
- وقوله ﷺ: «الناسُ شُرَكَاءُ في ثلاثة: الماء، والكلأ، والنار».
ينظر: الصحاح (٤/ ١٥٩٣)، ومعجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٦٥)، المصباح المنير (١/ ٤٧٤)، النهاية في غريب الحديث (٢/ ٤٦٦)، لسان العرب، ص (٢٢٤٨، ٢٢٥٠)، ترتيب القاموس المحيط (٢/ ٧٠٤)، مختار الصحاح، ص (٣٣٦).
واصطلاحًا: عرفها الحنفيةُ بأنها: عِبَارَةٌ عن اختلاط النَّصِيبَيْنِ فصاعدًا، بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.
وعرفها المالكية بأنها: إذن كل وَاحِدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما.
وعرفها الشافعيةُ بأنها: هي ثُبُوتُ الحَقِّ في شيء لاثنين فأكثر، على جهة الشيوع.
وعرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في اسْتِحْقَاقٍ، أو في تصرف، والنوع الأول: شركة في المال، والنوع الثاني: شركة عقود.
والشركة نوعان هما:
- شركة ملك، وهى إما اختيارية، كأن يشتري شخصان بيتا أو سيارة فتصير ملكا لهما، =

فنقول: الشركة نوعان: شركة ملك، وشركة عقد[(١)].

= وإما اضطرارية، كأن يشترك اثنان في ملكية بيت ورثاه من شخص آخر.
- وشركة عقد: وستأتي.
ينظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣١٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٣٢)، والمبسوط (١١/ ١٥١)، شرح فتح القدير (٦/ ١٥٢)، مواهب الجليل (٥/ ١١٧)، الكافي (٢/ ٧٨٠)، مغني المحتاج (٢/ ٢١١)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٦)، المغني (٥/ ١).

(١) شركة الملك: أن يختص اثنان فصاعدا بشيء واحد، أو ما هو في حكمه. والذي في حكم الشيء الواحد، هو المتعدد المختلط، بحيث يتعذر أو يتعسر تفريقه لتتميز أنصباؤه. سواء في ذلك العين والدين وغيرهما. فالدار الواحدة، أو الأرض الواحدة، مثلا تثبت فيها شركة الملك بين اثنين إذا اشترياها أو ورثاها أو انتقلت إليهما بأي سبب آخر من أسباب الملك، كالهبة والوصية والصدقة. وكذلك الإردبان من القمح أو أحدهما من القمح والآخر من الشعير، أو الكيسان من الدنانير ذات السكة الواحدة، يخلطان معا طواعية أو اضطرارا - كأن انفتق الكيسان المتجاوران. وقد أنكر بعضهم وقوع شركة الملك في الديون؛ لأن الدين وصف شرعي في الذمة، فلا يملك - وتمليكه ممن هو عليه، هو في حقيقة الأمر، إسقاط لا تمليك. ولكن الحق أنه يملك، قالوا: بدليل أن ما يقبضه أحد الدائنين عن حصته من الدين المشترك يكون مشتركًا بين الدائنين، حتى ليتعذر التخلص من هذه الشركة إلا بإعمال الحيلة - كأن يهب المدين لقابض قدر نصيبه ما قبضه، ويبرئه القابض من حصته في الدين.
أما غير الدين والعين، فكحق صاحبي الدار في حفظ نحو الثوب تلقيه فيها الريح، فإنه حق مشترك بينهما شركة ملك، إذ يملكه كلاهما. وليس يخالف أحد من أهل الفقه خلافا يذكر في ثبوت شركة الملك، على هذا النحو الذي ذكره الحنفية، وإن لم يصرح بعضهم باسمها، بل يتعمد كثير منهم أن يجمعوها في تعريف واحد مع شركة العقد، كما فعل بعض الشافعية، إذ عرف الشركة مطلقا بأنها: (ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع).
وبعض المالكية إذ عرفها كذلك بأنها: (تقرر متمول بين مالكين فأكثر).
تقسيم شركة الملك:
أولا: إلى شركة دين، وشركة غيره.
أ - فشركة الدين: أن يكون الدين مستحقا لاثنين فأكثر: كمائة دينار في ذمة تاجر تجزئة لأصحاب (الشركة) التي يعاملها.
ب - وشركة غير الدين: هي الشركة الحاصلة في العين، أو الحق، أو المنفعة: كما هو الحال بالنسبة للسيارات أو المنسوجات أوالمأكولات في المتجر المشترك، وبالنسبة لحق شفعة الشريكين فيما باعه ثالثهما، وحق سكنى الدار أو زراعة الأرض لمستأجريها على الشيوع، ولا خلاف لأحد من فقهاء المذاهب في صحة هذا التقسيم.
ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٤٣)، وفتح القدير (٥/ ١٢ - ١٤)، والفواكه الدواني (٢/ ١٧١)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٤)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٥٠٩)، وتنوير الأبصار =

....

= وشروحه (٣/ ٣٦٢ - ٣٦٣).
والأصل أن كل واحد من الشريكين أو الشركاء في شركة الملك أجنبي بالنسبة لنصيب الآخر؛ لأن هذه الشركة لا تتضمن وكالة ما، ثم لا ملك لشريك ما في نصيب شريكه، ولا ولاية له عليه من أي طريق آخر. والمسوغ للتصرف إنما هو الملك أو الولاية، وهذا ما لا يمكن تطرق الخلاف إليه.
ويترتب على ذلك ما يلي:
ليس لشريك الملك في نصيب شريكه شيء من التصرفات التعاقدية: كالبيع، والإجارة، والإعارة وغيرها، إلا أن يكون ذلك بإذن شريكه هذا. فإذا تعدى فأجر، مثلا، أو أعار العين المشتركة فتلفت في يد المستأجر أو المستعير، فلشريكه تضمينه حصته، وهذا أيضًا مما لا خلاف فيه. لكل شريك في شركة الملك أن يبيع نصيبه لشريكه، أو يخرجه إليه عن ملكه على أي نحو، ولو بوصية، إلا أن المشترك لا يوهب دون قسمة، ما لم يكن غير قابل لها. ويستثنى من ذلك حالة الضرر. هكذا قرره الحنفية.
وهو في الجملة محل وفاق - إلا أن هبة المشاع سائغة عند جماهير أهل العلم بإطلاق: كما قرره المالكية، والشافعية، والحنابلة. والحنفية على أن هبة المشاع لا تجوز - بمعنى عدم إثبات ملك ناجز - فالهبة صحيحة، ولكن يتوقف الملك على الإفراز ثم التسليم.
وذهب الحنفية، والشافعية إلى أن للشريك أن يبيع نصيبه لغير شريكه - في غير حالة الضرر - بدون إذن منه، واستثنى الحنفية حالة واحدة: هي حالة اختلاط المالين دون شيوع - لبقاء كل مال على ملك صاحبه، وإن عسر تمييزه، أو تعذر: سواء كان اختلاطا عفويا، أم نتيجة خلط مقصود من جانب الشركاء. ففي هذه الحالة: أي: حالة اختلاط المالين دون شيوع: لا بد من إذن الشريك لشريكه ليصح بيعه لغيره، ما دام المال شركة بينهما لم يقسم بعد. وسر التفرقة في الحكم بين هذه الحالة، حيث تتوقف صحة البيع لغير الشريك على إذنه، وبين غيرها، حيث لا يوجد هذا التوقف، أنه في حالة شيوع المال بين الشريكين - بسبب إرثهما إياه، أو وقوع شركتهما فيه بسبب آخر يقتضي هذا الشيوع: كشرائهما إياه معا، أو إشراك أحدهما صاحبه فيه بحصة شائعة - يكون كل جزء في المال المشترك - مهما دق وصغر - مشتركًا بين الشركاء، وبيع النصيب الشائع جائز للشريك ولغيره، إذ لا مانع من تسليمه وتسلمه، فإن الإفراز ليس من شرائط التسليم - ومن ثم فلا نزاع في صحة بيع الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة ذاتا كالدابة، والبيت الصغير، إلا أنه إذا سلم البائع العين المشتركة كلها، دون إذن شريكه، كان كالغاصب، والمشتري منه كغاصب الغاصب، بالنسبة لحصة الشريك الذي لم يبع: حتى إذا تلفت العين كان للذي لم يبع حق الرجوع بضمان حصته على أي الشخصين شاء: البائع أو المشتري، ثم إذا رجع على المشتري، يرجع المشتري على البائع. أما النصيب غير الشائع في شركة الملك، فباق على ملك صاحبه - إلا أنه التبس بغيره أو تعسر فصله. وهذا الالتباس أو التعسر لا يمنع القدرة على تسليمه إلى الشريك، إذا باعه إياه، ولكنه يمنع هذه القدرة وينافيها إذا باع النصيب لأجنبي عن =

....

=

الشركة، دون إذن شريكه، إذ لا يمكن تسليمه أو تسلمه، إلا مخلوطا بنصيب هذا الشريك، فيتوقف على إذنه. وقال القرافي المالكي في الذخيرة: (إذا كانا شريكين في حيوان مثلا بميراث أو غيره لا يجوز لأحدهما أن يتصرف إلا بإذن شريكه: فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه، كان ضامنا على مقتضى القواعد؛ لأن أحسن أحواله أن يكون كالمودع في الأمانة، وهذا إذا وضع يد الأجنبي يضمن لتعديه، ولا يلزم عدم صحة البيع؛ لعدم قدرته على التسليم: لأنه إن كان شريكه حاضرا، سلم البيع له، وتقع الخصومة بينه وبين المشتري، أو غائبا، رفع أمره إلى الحاكم، ويأذن له في البيع ووضع مال الغائب تحت يده).

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٦٥)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٣٤٣)، والعناية على الهداية (٧/ ١٢١)، وفتح القدير (٧/ ١٢٣)، وبداية المجتهد (٢/ ٣٢٩)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢، ١٨٥)، والبجيرمي على المنهج (٣/ ٢١٦)، ومغني المحتاج (٢/ ١٣)، وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٥/ ٨٣)، والبهجة على التحفة (٢/ ٢١٦)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٤٩٤)، والمادة ١٠٧٥ من المجلة، وحواشي تحفة ابن عاصم (٢/ ٢١٦).

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في (المادة ١٠٧١) على أنه: (يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف مستقلا في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفا مضرا بالشريك» في جميع الملك المشترك. وهذا الإذن على نوعين:

النوع الأول - الإذن صراحة، فإذا أذن صراحة فللمأذون أن يتصرف بأي نوع من التصرف في دائرة الإذن الذي أذن له به من الشريك الآذن، سواء كان التصرف مضرا أو غير مضر، فلذلك له البيع والإجارة والإيداع والإعارة والهبة والتسليم والرهن. مثلا لأحد الشريكين أن يبيع الملك المشترك لآخر بإذن شريكه. وليس له أن يؤجره ويودعه ويعيره ويهبه ويسلمه لآخر، ويكون الإذن في هذه الحالة وكالة بالبيع أو الإجارة أو الإيداع أو الإعارة أو الهبة والتسليم أو الرهن. وله أن يهدمه وأن يبني طابقا فوقه وأن يعمره. كذلك لو أجر الشريك حصته للشريك الآخر أو أعارها له، فللشريك المستأجر أو المستعير أن ينتفع مستقلا بذلك الملك المشترك وأن يتصرف فيه. ومن ثم للشريك أن يتصرف بجميع أنواع التصرف من التصرفات المضرة وغير المضرة بإذن شريكه الصريح.

النوع الثاني - الإذن دلالة، وهو في التصرفات الآتية:

أولا: في السكنى وتوابعها.

ثانيا: في تحميل الحيوان المشترك، وفي الحرث عليه، وفي استخدام الأجير المشترك.

ثالثا: في زراعة الأرض؛ لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفا مضرا بالشريك بالإذن دلالة، أي أنه يجب أن يكون إذنا صريحا من الشريك للتصرف في المال المشترك تصرفا مضرا ورضاء منه، وليس له أن يتصرف ذلك التصرف المضر بداعي وجود إذن الشريك دلالة ورضاء منه بذلك؛ لأن التصرف في ملك الغير حرام من جهة حق الله تعالى، وهو حرام أيضًا من جهة حق المالك، فإذا تصرف أحد في ملك الغير يمنع من التصرف بطلب المالك وادعائه، أما إذا كان المالك - أي: الشريك - غائبا ولم يطلب =

وشركة الملك نوعان: شركة جبر، وشركة اختيار[(١)].

= ويدع منع الشريك من التصرف، فليس للقاضي أن يمنعه من نفسه من التصرف؛ لأنه يشترط في الحكم سبق الدعوى. أما إذا أذن الشريك صراحة لشريكه بالتصرف المضر فلا شك أن للشريك أن يتصرف بذلك. مثلا: لو كانت دار مشتركة بين اثنين وسكن أحدهما بإذن الآخر تلك الدار، جاز ذلك ولو كان كثير العائلة. كذلك لو كانت زراعة الأرض المشتركة مضرة بها وأذن الشريك عند سفره لشريكه بزراعتها، فله ذلك. وكما يكون هذا الإذن بطريق الإجارة، يكون أيضًا بطريق الإعارة. كذلك لأحد الشريكين هدم كل الدار المشتركة أو بعضها بإذن شريكه الآخر.

(١) تنقسم شركة الملك إلى اختيارية، واضطرارية (جبرية):

أ - فالاختيارية: هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء: سواء بواسطة عقد أم بدونه، وسواء وقع العقد مشتركًا منذ بدايته، أم طرأ عليه اشتراكهما، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد. فمثال ما كان بواسطة عقد مشترك منذ البدء، ما لو اشترى اثنان دابة للجر أو الركوب، أو بضاعة يتجران فيها. وكالشراء قبول هبة شيء من ذلك، أو غيره، أو الوصية أو التصدق به. ومثال ما كان بواسطة عقد طرأ اشتراكه أو اشتراكه في المال بعده، أن يقع الشراء أو قبول الهبة أو الوصية من واحد، ثم يشرك معه آخر، فيقبل الآخر الشركة - بعوض أو بدونه. ومثال ما كان بدون عقد ما لو خلط اثنان ماليهما، وما لو اصطاد اثنان صيدا بشرك نصباه، أو أحييا أرضا مواتا.

ب - والاضطرارية، أو الجبرية: هي التي تكون دون إرادة أحد من الشريكين أو الشركاء: كما لو انفتقت الأكياس، واختلط ما فيها مما يعسر - إن لم يتعذر - فصل بعضه عن بعض لتتميز أنصباؤه، كبعض الحبوب. أما إذا وقع الخلط بفعل أحد الشركاء، دون إذن باقيهم، فقد قال ابن عابدين: إن الخالط يملك ما خلطه بمال نفسه، ويكون مضمونا عليه بالمثل لتعديه، أي: فلا شركة. وهذا الذي تقدم لا خلاف فيه إلا في مثل مسألة: تملك شخص مال غيره بمجرد الاستبداد بخلطه بمال نفسه، بحيث لا يتميزان، أو يشق ويعسر تمييزهما، فقد قال الحنفية: إنه يملكه بذلك ويثبت في ذمته للآخر بدله، وقال بذلك ابن القاسم، ومعه جماهير المالكية، والقاضي من الحنابلة، وقال: إنه قياس المذهب، وهو أحد أقوال الشافعي اعتمده أكثر المتأخرين من أصحابه، بعد أن قيدوه في الأوجه بامتناع التصرف فيما ملك بالخلط، حتى يؤدي بدله لصاحبه؛ لأن الذي ملكه كذلك، لو كان ملكه بمعاوضة رضائية لم يجز له التصرف فيه حتى يرضى صاحبه بذمته، فأولى إذا ملكه بدون رضاه. ومن فقهاء المذاهب الثلاثة، من ينكر هذا التملك القسري، ويجعل المال مشتركا: كما هو أحد أقوال الشافعي، واختاره التقي السبكي، وأطال في الانتصار له، وعليه أشهب من المالكية، وجماهير متأخري الحنابلة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٤٤)، وبلغة السالك (٢/ ١٦٥ و٢١٣، ٣١٩، ٣٢٠)، وبداية المجتهد (٢/ ٣١٩)، ونهاية المحتاج وحواشيها (٥/ ١٤، ١٨٤ و١٨٧)، ومغني =

وشركة الجبر: أن يختلط مالان لرجلين بغير اختيار المالين خلطا لا يمكن التمييز بينهما، بأن كان الجنس واحدًا، أو يمكن التمييز بضرب كلفة ومشقة، نحو أن تختلط الحنطة بالشعير [ويرثا مالًا][١].

وشركة اختيار: أن يوجب لهما مال، أو يملكان مالًا بالاستيلاء ويخلطان مالهما، ثم من حكم الثانية بخلطهما أو بالاختلاط أن يجوز بيع أحدهما بنصيب من شريكه، ولا يجوز من الأجنبي إلا بإذن الشريك، وفي الميراث والهبة والشراء وغيره، يملك كل واحد بيع نصيبه من الشريك[٢] ومن الأجنبي بغير إذن الشريك، ولا يملك التصرف في نصيب الشريك إلا بإذن الشريك.

وأما شركة العقود[٣]، فأنواع ثلاثة:

= المحتاج (٢/ ٢٩٢)، والشرقاوي على التحرير (٢/ ١٠٩)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٤١٠)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٤٩٤).

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: فيه.

(٣) عرف الحنفية شركة العقد بأنها: «عقد بين المتشاركين في الأصل والربح» كذا نقلوه عن صاحب الجوهرة. وقيد «المتشاركين في الأصل» يخرج المضاربة؛ لأن التشارك فيها بين العامل ورب المال إنما هو في الربح، دون الأصل، كما هو واضح. وعرفها ابن عرفة بقوله: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر، موجب صحة تصرفهما في الجميع.

وعرف الحنابلة شركة العقد بأنها. «اجتماع في تصرف»، وهو مع ذلك لا يشمل المضاربة، التي هي عندهم من أقسام الشركة، وقريب منه تعريف بعض الشافعية بأنها: «عقد يثبت به حق شائع في شيء لمتعدد».

وشركة العقد بأنواعها الثلاثة (أموال، وأعمال، ووجوه) جائزة عند بعضهم، سواء أكانت عنانا، أم مفاوضة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢/ ٣٠١، ٣/ ٣٤٣)، الخرشي على خليل (٤/ ٢٥٤، ٢٧١)، والفواكه الدواني (٢/ ٢٧١)، والشرقاوي على التحرير (٢/ ١٠٩)، مطالب أولي النهى (٣/ ٤٩٤)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ١٠٩).

شروط شركة العقد:

الشروط العامة: وهي تلك التي لا تخص نوعا دون نوع من أنواع الشركة الرئيسية الثلاثة (شركة الأموال، وشركة الأعمال، وشركة الوجوه).

وهذه الشروط العامة تتنوع أنواعا:

النوع الأول: في كل من شركتي المفاوضة، والعنان.

=

....

=

أولا - قابلية الوكالة:

ويمكن تفسيرها بأمرين:

١ - قابلية التصرف المتعاقد عليه للوكالة، ليتحقق مقصود الشركة، وهو الاشتراك في الربح؛ لأن سبيل ذلك أن يكون كل واحد من الشريكين وكيلا عن صاحبه في نصف ما تصرف فيه، وأصيلا في نصفه الآخر - وإلا فالأصيل في الكل يختص بكل ربحه، والمتصرف عن الغير لا يتصرف إلا بولاية أو وكالة، والفرض ألا ولاية، فلم يبق إلا الوكالة. فالاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والتكدي، أعمال لا تصح الشركة فيها، لعدم قبولها الوكالة، إذ الملك فيها يقع لمن باشر السبب - وهو الآخذ: شأن المباحات كلها، فقد جعل الشارع سبب الملك فيها هو سبق اليد.

٢ - أهلية كل شريك للتوكيل والتوكل؛ لأنه وكيل في أحد النصفين، أصيل في الآخر، فلا تصح الشركة من الصبي غير المأذون في التجارة، والمعتوه الذي لا يعقل. وهذا الشرط بشقيه موضع وفاق. لأن الجميع مطبقون على أن الشركة تتضمن الوكالة. ولكن الخلاف يقع في طريق التطبيق: فمثلا:

أ - المباحات: لا يراها الحنفية مما يقبل الوكالة، بينما هي عند غيرهم مما يقبلها. ولذا مثل المالكية لشركة الأبدان بشركة الصيادين في الصيد، والحفارين في البحث عن المعادن - كشركات النفط القائمة الآن، وأبرز الحنابلة الشركة في تحصيل المباحات، حتى جعلوها نوعا متميزا من شركة الأعمال.

ب - شركة ولي المحجور: وينص الشافعية والحنابلة على أن لولي المحجور الشركة في مال محجوره، لأنه يجوز له أن يضارب بهذا المال، مع أن المضارب يذهب بجزء من نمائه، فأولى أن تجوز الشركة حيث يكون ربحه كله موفرا عليه. ومن هذا القبيل تقريرهم أنه إذا مات أحد الشريكين، ووارثه محجور عليه، فإنه يجب على وليه أن يستمر في الشركة إذا رأى المصلحة في ذلك - ومن شريطتها أن يكون الشريك المتصرف أمينا: فلو تبين عدم هذه الأمانة، وضاع المال، كان الضمان على الولي، لتقصيره بعدم البحث. ثم لا يخفى أن اعتبار الأهليتين: أهلية التوكيل، وأهلية التوكل، إنما هو حيث يكون العمل لكلا الشريكين. أما إذا كان لأحدهما فحسب - وذلك عند الحنفية لا يكون إلا في شركة العنان - فالشريطة هي أهلية الآذن للتوكيل، وأهلية المأذون للتوكل: ولذا ينص الشافعية على أنه في هذه الحالة، يصح أن يكون الآذن أعمى، وإن كان لا بد أن يوكل في خلط المالين، أما المأذون فلا بد أن يكون بصيرًا.

ثانيا - أن يكون الربح معلوما بالنسبة:

أي أن تكون حصة كل شريك من الربح محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة إلى جملته: كنصفه. فإذا تم العقد على أن يكون للشريك حصة في الربح من غير بيان مقدار، كان عقدا فاسدا، لأن الربح هو مقصود الشركة فتفسد بجهالته، كالعوض والمعوض في البيع والإجارة. وكذلك إذا علم مقدار حصة الشريك في الربح، ولكن جهلت نسبتها إلى جملته: كمائة أو أكثر أو أقل؛ لأن هذا قد يؤدي إلى خلاف مقتضى العقد - أعني

=

. . . .

= الاشتراك في الربح، فقد لا يحصل منه إلا ما جعل لأحد الشركاء، فيقع ملكا خاصا لواحد، لا شركة فيه لسواه. بل قالوا: إن هذا يقطع الشركة؛ لأن المشروط إذا كان هو كل المتحصل من الربح، تحولت الشركة إلى قرض ممن لم يصب شيئًا من الربح، أو إبضاع من الآخر. فإذا جعل للشريك أجر معلوم المقدار من خارج مال الشركة: كخمسين أو مائة دينار كل شهر، فقد نقلوا في الهندية عن المحيط أن الشركة صحيحة، والشرط باطل. وهذا الشرط موضع وفاق. وقد حكى ابن المنذر إجماع أهل العلم على ألا شركة مع اشتراط مقدار معين من الربح - كمائة - لأحد الشريكين سواء اقتصر على اشتراط هذا المقدار المعين لأحدهما، أم جعل زيادة على النسبة المشروطة له من الربح، أم انتقص من هذه النسبة؛ لأن ذلك في الأحوال كلها قد يفضي إلى اختصاص أحدهما بالربح، وهو خلاف موضوع الشركة، أو - كما عبر الحنفية - قاطع لها.

ومن هذا القبيل، ما لو شرط لأحدهما ربح عين معينة أو مبهمة من أعيان الشركة - كهذا الثوب أو أحد هذين الثوبين - أو ربح سفرة كذلك - كهذه السفرة إلى باريس، أو هي أو التي تليها إلى لندن - أو ربح هذا الشهر أو هذه السنة. ونص الحنابلة على أن من هذا القبيل أيضًا، أن يقول أحد الشريكين للآخر: لك ربح النصف؛ لأنه يؤدي إلى أن يستأثر واحد بشيء من الربح، زاعما أنه من عمله في النصف الآخر. خلافا لمن ذهب إلى أن ربح النصف هو نصف الربح.

النوع الثاني: في شركة المفاوضة خاصة:

فتنعقد عنانا إذا اختل شرط منه:

أولا: أهلية الكفالة:

وهذا شرط الحنفية في كل من الشريكين، لأن كل واحد منهما بمنزلة الكفيل عن صاحبه فيما يجب من دين التجارة أو ما يجري مجراها، كالاقتراض إذ كل ما يلزم أحدهما من هذا القبيل يلزم الآخر.

فمن لم تتوافر فيه شروط هذه الأهلية - من بلوغ وعقل - لم تصح منه شركة المفاوضة: ولو فعلها الصغير بإذن وليه؛ لأن المانع ذاتي، إذ هو ليس من أهل التبرعات، ولأن الكفالة المقصودة هنا هي كفالة كل شريك جميع ما يلزم الآخر من الديون الآنفة الذكر.

من هنا يمنع محمد شركة المفاوضة من المريض مرض الموت، ومن في معناه - كالمرتد - لأن كفالته إنما تكون في حدود ثلث تركته، والكفالة في شركة المفاوضة غير محدودة. وأما الذين وافقوا الحنفية في أصل القول بشركة المفاوضة، وخالفوهم في التفصيل - وهم المالكية، والحنابلة - فلم يبنوها على الكفالة، واكتفوا بما فيها من معنى الوكالة: فليس على الشريك فيها عندهم ضمان غرامات لزمت شريكه دون أن يأذن هو في أسبابها.

ثانيا: يشترط أبو حنيفة، ومحمد التساوي في أهلية التصرف: فتصح بين الحرين الكبيرين، اللذين يعتنقان دينًا واحدا - كمسلمين ونصرانيين - أو ما هو في حكم الدين =

....

= الواحد - كذميين، ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا، إذ الكفر كله ملة واحدة. ولا تصح شركة المفاوضة بين حر ومملوك، ولو مكاتبا أو مأذونا في التجارة، ولا بين بالغ وصبي، ولا بين مسلم وكافر، لاختلال هذه الشريطة - إذ المملوك والصبي محجور عليهما، بخلاف الحر البالغ، والكافر يسعه أن يشتري الخمر والخنزير ويبيعهما، ولا كذلك المسلم. أما أبو يوسف فيكتفي بالتساوي في أهلية الوكالة والكفالة، ولا يعتد بتفاوت الأهلية فيما عداهما، ولذا فهو يصحح شركة المفاوضة بين المسلم والذمي - قياسا على المفاوضة بين الكتابي والمجوسي، فإنها تصح برغم التفاوت في أهلية التصرف، بعد التساوي في أهلية الوكالة والكفالة، ولا يرى أبو يوسف فرقا، إلا من حيث الكراهة، فإنه يكره الشركة بين المسلم والكافر؛ لأن الكافر لا يهتدي إلى وجوه التصرفات المشروعة في الإسلام، وإن اهتدى فإنه لا يتحرز من غيرها كالربا وما إليه، فيتورط المسلم بمشاركته في كل ما لا يحل.

ويرى الشافعية كراهة الشركة بين المسلم والكافر.

وأما المالكية، والحنابلة، فنفوا الكراهة بشرط ألا يتصرف الكافر إلا بحضور شريكه المسلم؛ لأن ارتكابه المحظورات الشرعية في تصرفاته للشركة يؤمن حينئذ. ثم ما لا يحضره منها شريكه المسلم، وتبين وقوعه على غير وجهه من الوجهة الإسلامية - كعقود الربا، وشراء الخمر والميتة - فقد نص الحنابلة على أنه - مع فساده - يكون فيه الضمان على الكافر. وما لم يتبين فالأصل فيه الحل.

واحتجوا للجواز: بأنه صلوات الله عليه عامل أهل خيبر - وهم يهود - بنصف ما يخرج منها وهذه شركة، وابتاع طعاما من يهودي بالمدينة، ورهنه درعه، ومات وهي مرهونة - وهذه معاملة. ولا يبدو في كلام المالكية خلاف عن هذا، إلا أنهم قالوا: إذا شك الشريك المسلم في عمل شريكه الكافر بالربا استحب له التصدق بالربح، وإذا شك في عمله بالخمر استحب له التصدق بالجميع.

ثالثا: ألا يشترط العمل على أحد الشريكين:

فلو شرط العمل على أحد المتفاوضين بطلت الشركة عند الحنفية. لأن هذا تصريح بما ينافي طبيعة المفاوضة من المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه من أصول التصرفات. وللمالكية شيء قريب من هذا، إذ شرطوا - في شركة الأموال مطلقا - أن يكون العمل بقدر المالين، أي: عمل كل واحد من الشريكين بقدر ماله: إن كان له النصف في رأس المال فعليه النصف في العمل، أو الثلثان فعليه الثلثان، وهكذا بحيث إذا شرط خلاف ذلك: كأن جعل ثلثا العمل أو ثلثه على الشريك بالنصف، كانت الشركة فاسدة، والربح على قدر المالين: ويرجع كل من الشريكين على الآخر بما يستحقه عنده من أجرة. أما إذا وقعت الزيادة في العمل تبرعا من أحد الشريكين دون أن تكون مشروطة عليه، فلا بأس، إذ ذلك تفضل منه وإحسان.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٦٣)، والعناية على الهداية مع فتح القدير (٥/ ٧)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٣٥٤)، وفتح القدير (٥/ ٣٠)، والفتاوى الهندية (٢/ ٣٥٠)، والخرشي على =

شركة بالمال[١]، وشركة بالوجوه[٢]، وشركة بالأعمال[٣].

وكل ذلك على وجهين: مفاوضة، وعنان.

وشرط جواز هذه الشركة على الخصوص، كون التصرف الذي عقد عليه عقد الشركة قابلا للوكالة على معنى أنه يجوز التوكيل به، وهذا لأن المقصود من هذا العقد هو الشركة في التصرف، والشركة في التصرف إنما تثبت إذا صار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في التصرف، فيشترط كون ما عقدا عليه هذا العقد قابلا للوكالة لهذا.

فأما الشركة بالأموال لا تجوز عنانا أو[٤] مفاوضة إلا إذا كان رأس مالهما من

= خليل (٤/ ٢٢٥، ٢٦٩)، والفواكه الدواني (٢/ ١٧١، ١٧٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٢١٣)، ونهاية المحتاج وحواشيها (٥/ ٥)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٥٤٥)، ودليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، لمرعي بن يوسف الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط(٢)، ١٣٨٩هـ، ص (١٢٧)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ١٠٩)، والشرح الكبير مع المغني (٥/ ١٩٨).

(١) شركة الأموال: عقد بين اثنين فأكثر، على أن يتجروا في رأس مال لهم، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة. سواء علم مقدار رأس المال عند العقد أم لا؛ لأنه يعلم عند الشراء، وسواء شرطوا أن يشركوا جميعا في كل شراء وبيع، أم شرطوا أن ينفرد كل واحد بصفقاته، أم أطلقوا. وليس حتما أن يقع العقد بلفظ التجارة، بل يكفي معناها: كأن يقول الشريكان: اشتركنا في مالنا هذا، على أن نشتري ونبيع، ونقسم الربح مناصفة.

(٢) شركة الوجوه: هى أن يشترك الرجلان، ولا مال لهما يتجران فيه، على أن يشتريا بوجههما ويبيعان، كما لو اتفق اثنان أو أكثر على العمل في التجارة بلا رأس مال بينهم على أن يشتروا بالأجل ما يتجران فيه ثم يبيعونه على أن يكون الربح من هذه التجارة بينهم، وكذلك فإنها تسمى شركة الغالب أيضًا.

ينظر: المبسوط (٦/ ١٥٩ - ١٦١)، والمدونة الكبرى لمالك بن أنس (٣/ ٦١٥ - ٦٢٥)، والمهذب (٢/ ١٥٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٢١١)، وأحكام المعاملات الشرعية، للأستاذ الشيخ علي الخفيف، دار الفكر، ١٩٩١م، ص (٢٠).

(٣) هي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم. ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي (٣/ ١٠)، الفواكه الدواني (٢/ ١٢٠)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (١/ ٣٤٦)، والمغني، لابن قدامة (٥/ ٤).

(٤) في أ: و.

الأثمان التي لا تتغير[١] في عقود المعاوضات والمعاملات، بأن كان رأس مالهما دراهم أو دنانير، أو رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير.

فأما ما يتعين في عقود المبادلات والمعاملات نحو العروض والحيوان[٢]، الشركة [فيما يشتري][٣] كان ذلك رأس مالهما أو رأس مال أحدهما.

وشرط آخر: أن يكون رأس المال عينا غير دين، إما حاضرا في مجلس العقد، أو غائبا عن المجلس مشارًا[٤] إلى مكانه حاضرًا عند الشراء[٥].

وذكر في القدوري: من دفع إلى آخر ألفًا وقال: أخرج من عندك ألفًا مثل هذه الألف، أو [اشتر بهما وبع][٦] فما ربحت من شيء فهو بيننا، ففعل المأمور ذلك، جاز، وإن لم يكن المال موجودا وقت العقد [واكتفى بوجوده][٧] وقت الشراء[٨].

[وما][٩] ذكر القدورى فلا يصح بمال غائب وقت العقد والشراء جميعا.

وإن كان رأس مالهما أو رأس مال أحدهما فلوسا، فالمشهور عن أبي حنيفة وأبى يوسف: أنه لا يجوز الشركة.

وعن محمد - رحمه الله - وأبى يوسف الأول: يجوز.

وأما تبر الذهب والفضة فقد جعله في كتاب الشركة [من الأصل][١٠] بمنزلة

---

(١) في أ: تتعين.
(٢) في أ: أو الحيوان لأموال.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: مشاركة.
(٥) في أ: اللقاء.
(٦) في م: اشتراهما وبيع.
(٧) في أ: وأكثر وجوده.
(٨) المحيط البرهاني (٦/ ٥).
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.

العروض.

وذكر في صرف [الأصل][١] بأنه كالأثمان.

وذكر في شرح القدوري: أن ذلك على حسب عادات الناس في التعامل بالتبر، فإن تعاملوا به فهو كالأثمان وإن لم يتعاملوا به فهو كالعروض.

قال شمس الأئمة: وإن لم يكن [ذلك][٢] عرض ظاهر فهو كالعروض.

ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعين[٣] في عقود المبادلات والمعاملات، أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركًا بينهما شركة ملك[٤]، ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة إن شاء مفاوضة وإن شاء عنانًا.

وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه، وتقابضا ثم عقدا عليهما عقد الشركة مفاوضة أو عنانًا جاز، وتصير العروض رأس مال الشركة، والعروض[٥] بعدما صار مشتركًا بينهما يصلح رأس مال الشركة، وإن كان قبل ذلك لا يصلح.

ذكر خواهر زاده - رحمه الله - على هذا الوجه في باب بضاعة المفاوض.

وفي المنتقى هشام عن محمد - رحمه الله - عن عبد بين رجلين اشتركا في شركة عنان أو مفاوضة جاز.

وأما الشركة بالمكيل والموزون [[يصح][٦] بالخلط][٧] في جنس واحد وفي

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يتعلق.
(٤) في أ: تملك.
(٥) في أ: العرض.
(٦) في أ: يصير.
(٧) في م: فقبل الخلط.

الجنسين المختلفين قبل الخلط، وبعد الخلط لا يجوز بالاتفاق.

وأما بعد(١) الخلط في جنس واحد وفي المعدودين إذا اتفقا في المقدار، على قول أبي يوسف: لا تصح(٢) الشركة، ويكون المخلوط بينهما مُشتركًا شركة ملك حتى لو [لم يسميا](٣) ما ربحا فالربح بينهما على قدر الملك.

وقال محمد: تصح الشركة والربح بينهما على الشرط، ذكر هذا الاختلاف في شرح القدوري، وشمس الأئمة في شرحه.

وفي المنتقى: رجل له طعام ورجل آخر [له](٤) طعام واشتركا فيه وخلطاهما وأحدهما أجود من الآخر، فالشركة في هذا جائزة والثمن بينهما نصفان من قبيل أن هذا بنية البيع.

ومعنى المسألة: أنهما خلطاهما على أنه بينهما.

وقال في موضع آخر من هذا(٥) الكتاب: يقسم الثمن على سهمي الجيد والرديء، ثم الخلط ليس بشرط لصحة الشركة عند علمائنا الثلاثة، وإذا لم يكن الخلط شرطًا لم يكن قبول المالين الخلط شرطًا حتى تصح الشركة، سواء كان رأس مالهما دراهم أو دنانير، أو كان رأس مال أحدهما [دراهم ورأس مال الآخر دنانير، أو كان [رأس مال أحدهما](٦)](٧) دراهم بيضاء والآخر سوداء، أو كان مكسرة والآخر صحاح، وسواء تساوى النقدان في القيمة أو لم يتساويا تصح الشركة، وهذا في شركة العنان.

---

(١) في أ: هذا.
(٢) في أ: يضمن.
(٣) في م: تصر.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: عن.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في أ.

أما المفاوضة: إذا كان بين رأس مالهما فضل قيمة لا يصح في ظاهر الرواية، [إلا رواية][١] عن أبي يوسف - رحمه الله-.

ثم صورة المفاوضة: أن يشترك[٢] اثنان شركة عامة في التجارة كلها[٣]، فهذا تنصيص على أن من شرط جواز المفاوضة العموم[٤].

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في آخر باب شركة المفاوضة: أنها تجوز في نوع[٥] خاص - أيضًا - ثم قال: على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يجب عليه بسبب التجارة، وذكر الكفالة في هذه الشركة ليس بشرط، لكن عند صحة هذا العقد ثبت حكم الكفالة.

وشرط جواز هذه الشركة على الخصوص أن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة، بأن يكونا بالغين عاقلين حرين مستورين[٦] في الدين، وأن يكون رأس مالهما على السواء من حيث القدر، أو[٧] كان من جنس واحد و[نوع][٨] [واحد، وإن كان من جنس واحد][٩] إلا أنه اختلف نوعهما نحو المكسر مع الصحيح،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يشترط.
(٣) في أ: كليهما.
(٤) شركة المفاوضة: هي أن يشترك الرجلان فيستويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ولذا فإنها لا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ ولا بين المسلم والكافر. ينظر: منير القاضي في شرح المجلة (٤/ ٢٣٨). أما القائلون بها بهذا المعنى، باعتبارها أحد الأنواع الأربعة لشركات الأموال (وهي شركة العنان والمفاوضة والوجوه والمضاربة) فهم فقهاء المذهبين الحنفي والزيدي. ينظر: أحكام المعاملات الشرعية، للأستاذ الشيخ علي الخفيف، ص (٦١).
(٥) في أ: موضع.
(٦) في أ: مستبدين.
(٧) في م: إذا.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.

يشترط مع ذلك التساوي في القيمة وأن يتساويا في الربح، وألا يكون [لكل][(١)] واحد منهما من المال الذي يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس المال الذي شارك به صاحبه [ابتداء][(٢)] وانتهاء، حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون، وإن تلفظا بلفظ المفاوضة، فإذا اجتمعت هذه الشروط[(٣)] تنعقد بينهما شركة المفاوضة وما لا فلا.

فإن كان رأس مالهما يوم هذه الشركة على السواء ثم صار في أحدهما فضلاً بأن كان الجنس مختلفًا، فإن حصل الفضل بينهما قبل الشراء بالمالين فسدت، وإن حصل الفضل بعد الشراء بالمال وبعد التسليم إلى البائع لا تفسد المفاوضة، وإن حصل[(٤)] بعد الشراء بالمالين وقبل [التسليم إلى البائع][(٥)] لا تفسد استحسانًا[(٦)]، وإن [حصل الشراء بأحد المالين فإن][(٧)] فضل المال الذي حصل[(٨)] به الشراء فسدت المفاوضة.

[ثم المفاوضة][(٩)] إذا صحت يصير كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما يلحقه من ضمان التجارة نحو ثمن المشتري في البيع الصحيح وفسخ[(١٠)] المشتري في البيع الفاسد وأجرة المستأجر، أو ما يشبه ضمان التجارة نحو ضمان الغصب وضمان الوديعة إن جحدها أو استهلكها؛ لأن تعذر[(١١)] الضمان في هذه المواضع يفيد[(١٢)]

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في م: الشرائط.
(٤) زاد في م: به.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: المفاوضة.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: لم يحصل.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: وقسم.
(١١) في م: تقدير.
(١٢) في م: بعد.

الملك له في الأصل فيصير في معنى التجارة.

أما ما يلحق أحدهما مما ليس من ضمان التجارة ولا يشبه ضمان التجارة [لا يؤاخذ إلا][١] صاحبه كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن [[دم العمد][٢]][٣] ويصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه -أيضًا - فيما يجب بسبب التجارة [كحق من حقوق عقد تولاه][٤] أحدهما ينصرف إلى صاحبه [كما][٥] ينصرف إلى العاقد[٦]، والحاصل أنهما في جميع التجارات بمنزلة شخص واحد.

وأما شركة العنان: فقد تكون في جميع التجارة وقد تكون في بعضها فإنها تجوز مع التفاوت في رأس المال والربح وفيها معنى الوكالة، أعني [الوكالة في مباشرة][٧] عقود التجارة دون الوكالة[٨] في[٩] ما يجب بعقد صاحبه، وليس فيها معنى الضمان

---

(١) في أ: إلا أنه.
(٢) في م: القصاص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في م: حتى أن حقوق مولاه.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: العاقلة.
(٧) في م: المباشرة في وكالة.
(٨) شَرِكَةُ العِنَانِ مَشْهُورَةٌ عِنْدَ العَرَبِ، قال الجعدي:

وشاركنا قريشًا في تقاها ... وفي أحسابها شرك العنان

وفيها أقوال كثيرة. فقيل: سميت بذلك؛ لظهورها، يقال: عنَّ الشيء: إذا ظهر.
وقيل: لاشتراكهما فيما يعن من الربح، يقال: عنَّ الشيء: إذا عرض.
وقيل: من المعاننة، وهي: المعارضة؛ لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله.
وقيل: مأْخوذٌ من عنان دابتي الرهان؛ لأن الفارسين إذا تسابقا: تساوى عنانا فرسيهما، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان.
وقيل: مأْخوذٌ من عنان فرسي الرهان، بمعنى آخر؛ لأن الشريك يحبس نفسه عن التصرف بالمال في سائر الجهات إلا في الجهة التي يريدها.
وقيل: لأنه يمسك العنان بإحدى يديه، ويحبسها عليه، والأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شاء، كذلك هذه الشركة، بعض ماله مقصور عن التصرف فيه؛ لأجل الشركة، =

والكفالة، وإذا لم يكن في هذه الشركة معنى الكفالة لا يشترط أن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة[(١)].

والحاصل: أن في هذه الشركة [حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير[(٢)]، وإذا شرط في هذه الشركة][(٣)] العمل عليهما[(٤)]، وشرط التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جائز عند علمائنا الثلاثة -رحمهم الله - ويكون الربح بينهما على ما

= وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٣، ٤)، وغريب الحديث، لأبي محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري، تحقيق: د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ط (١)، ١٣٩٧هـ (١/ ٢٠٠)، وإصلاح المنطق، لابن السكيت، تحقيق: أحمد محمد شاكر، وعبد السلام هارون، دار المعارف، مصر، ط (٤) (٦/ ٣)، وتهذيب الأسماء (٣/ ٤٧) والصحاح واللسان والمصباح، مادة (عنن).

وشركة العنان عند الحنفية هي: «أن يشترك اثنان في نوع برا أو طعاما، أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر الكفالة».

ويتبين من التعريف أن موضوع الشركة عام سواء كان في نوع خاص من التجارة أم كان في عموم التجارات، كما يكون رأس مالها أيضًا مطلقًا سواء كان متفاضلاً في المال للحاجة أو متساويًا في المال ومتفاضلاً في الربح، ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض، ولا تصح إلا بما تصح به المفاوضة.

وذهب المالكية أن الشركة هي: أن يشترك اثنان أو أكثر على ألا يتصرف أحدهما في مال الشركة إلا بحضرة صاحبه وموافقته أو بإذنه. ذكر التعريف أحد خصائص الشركة وهي الإذن بالتصرف من الشركاء الآخرين.

وهذا يفيد أن التعريف عام في موضوع الشركة ومقدار رأس مال الشركة وربحها.

ويرى الحنابلة أن شركة العنان هي أن يشتركا بماليهما المعلومين بما يدل على رضاهما بمصير كل منهما لهما.

ينظر: مجمع الضمانات، للبغدادي، ص (٢٩٨)، والعناية شرح الهداية، للبابرتي (٦/ ١٧٦)، وفتح القدير شرح المرغيناني، للكمال ابن الهمام (٦/ ١٧٦)، بلغة السالك (٣/ ٤٦٤)، الفروع، لابن مفلح (٤/ ٣٩٦).

(٩) في أ: أما.

(١) في م: الكتاب.

(٢) في أ: ترجع ثمة.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: عليها.

اشترطا وإن عمل أحدهما دون الآخر.

وأما إذا اشترطا [العمل على أحدهما إن اشترطا][(١)] أن الربح بينهما على قدر رأس مالهما[(٢)] جاز، ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة [في يد][(٣)] العامل، له ربحه وعليه وضيعته، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله يجوز -أيضًا- على الشرط، ويكون مال الرابح عند العامل [مضاربة، ويكون مال الدافع عند العامل][(٤)] بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله، والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبدًا.

والربح إنما يستحق[(٥)] بأحد معان ثلاثة ولا يستحق[(٦)] بغير ذلك، والمعاني[(٧)] الثلاثة: العمل، والمال، والضمان.

ولهذا لو قال لغيره: تصرف في مالك على أن بعض الربح لي، [لم يجز][(٨)]، إلا بأحد[(٩)] هذه المعاني الثلاثة؛ ألا ترى أن المضارب يستحق الربح بالعمل، ورب المال بالمال والأستاذ [الذي[(١٠)] تقبل العمل من الناس فيلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب][(١١)] له الفضل وإنما يستحق الفضل بالضمان.

وأما شركة الوجوه: فقد تكون خاصة، وقد تكون عامة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: المال.
(٣) في أ، م: عند.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: يتحقق.
(٦) في م: يتحقق.
(٧) في م: في المعاني.
(٨) في م: لا يجوز.
(٩) في م: بعد إحدى.
(١٠) في أ: إذا.
(١١) في أ، م: إذا تقبل العمل وألقاه على تلميذه بأقل من ذلك الأجر الذي أخذه يطيب.

وصورتها: أن يشترك الرجلان وليس لهما مال على أن يشتريا ويبيعا على أن ما رزق الله من ربح يكون فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة عندنا، وقد تكون هذه الشركة مفاوضة، وقد تكون عنانًا.

فشرط المفاوضة منهما أن يتلفظا بلفظ المفاوضة، وأن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون المال في المشترى بينهما نصفين وثمن المشترى عليهما نصفين، وأن يتساويا في الربح، وأن تكون عامة إلا على قول خواهر زاده - رحمه الله - على ما بينا قبل هذا.

والعنان بينهما يجوز مع اشتراط التفاضل في ذلك المشترى، وينبغي أن يشترط أن يكون الربح بينهما في هذه الشركة على قدر اشتراط الملك لهما في المشترى، حتى لو تفاضلا في ملك المشترى واشترطا التساوي في الربح بينهما أو كان العكس، لا يجوز هذا الشرط، ويكون الربح على قدر ما اشترطا الملك بينهما.

وأما هذه الشركة إن كانت مفاوضة ثبت فيه سائر أحكام المفاوضة، وإن كانت عنانًا ثبت فيه سائر أحكام العنان إلا في الربح كما وصفنا.

وأما شركة الأعمال: فهي نوعان: صحيح، وفاسد.

فالصحيح منهما: الشركة في تقبل الأعمال، وهو أن يشترك[1] اثنان على أن يتقبلا الأعمال من الناس ويعملا فما[2] رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة [عندنا، وقد][3] تكون هذه الشركة مفاوضة عند وجود شرائطها على ما ذكرنا، وقد تكون عنانًا، فإن كانت مفاوضة ثبت أحكام المفاوضة، وإن [كانت عنانًا][4] ثبت أحكام العنان، ثم هذه الشركة مفاوضة كانت أو عنانًا [تصح عندنا

---

(١) في م: يشتركا.
(٢) في م: فيما.
(٣) في م: عنده أو.
(٤) سقط في م.

اختلفت أعمالها][1] بأن اشتركا قصار وخياط، أو اتفقت بأن كانا قصارين أو خياطين.

وفي العنان من هذه الشركة يجوز بشرط التفاضل في المال المُستفاد بالعمل [مع التساوي في العمل][2]، [بأن شرط المال بينهما أثلاثًا والعمل عليهما نصفين، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر في القدوري أنه لا يجوز اشتراط التفاضل في المال المُستفاد [بالعمل مع التساوي][3] في العمل][4]، وإذا شرطا[5] العمل عليهما فالربح بينهما على ما شرطا.

وإن عمل أحدهما دون الآخر في هذه الشركة ثم إذا لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مطلقة تعتبر[6] عنانًا في حق بعض الأحكام، حتى لو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو عمل من أعمال النقلة أو أجر أجيرًا أو [أجر بيتًا][7] لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة.

وتعتبر مفاوضة في حق بعض الأحكام، حتى لو دفع[8] رجل إلى أحدهما أو إليهما عملاً فله أن يؤاخذ[9] بذلك العمل أيهما شاء ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل وإلى أيهما دفع برئ، وعلى أيهما وجب ضمان العمل كان له أن يطالب الآخر [به][10] فقد اعتبرت هذه الشركة المفاوضة[11] في حق هذه الأحكام

(١) في م: اختلفا أعمالها.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: مع العمل بالتساوي.
(٤) سقط في أ.
(٥) في م: شرط.
(٦) في أ: تعني.
(٧) في م: أجره ثبت.
(٨) زاد في م: إلى.
(٩) في م: يأخذه.
(١٠) سقط في م.

استحسانًا، فإن لم يتفاوضا ولم تعتبر مفاوضة في غير هذا الوجه في ظاهر الرواية[١]، هكذا ذكر القدوري في شرحه.

وإذا أقعد الصانع مع [نفسه رجلًا][٢] في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف جاز استحسانًا ويجعل كأنهما اشتركا في التقبيل والعمل ثم يتقبل أحدهما ويعمل الآخر.

فعلى هذا نقول: لو قال صاحب الدكان: أنا أتقبل[٣]، ولا تتقبل أنت وأطرح عليك لتعمل بالنصف حالًا، يجوز.

وكذلك قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في الخياط يتقبل المتاع ويلي قطعه ثم يدفع للآخر[٤] بالنصف يجوز، وكذلك هذا في سائر الصنائع، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه الجملة في شرح الشركة.

وأما الفاسد[٥]: من هذه الشركة أن يشتركا للاصطياد والاحتطاب والاحتشاش وطلب الكنوز وما أشبه ذلك من الأشياء التي تملك بالأخذ من المباحات، وهذا بناء[٦] على الأصل الذي تقدم: أن من شرط جواز الشركة كون ما عقد عليه عقد الشركة [قابلًا للوكالة والتوكيل بهذه الأنواع، وقبول الأعمال من كل صانع][٧] يعمل للآخر يجوز التوكيل فلهذا جاز ذلك النوع ولم يجز هذا النوع.

❋ ❋ ❋

---

(١١) في م: بالمفاوضة.
(١) في م: الروايات.
(٢) في م: رجل.
(٣) في أ، م: أقيل لك.
(٤) في م: للأجير.
(٥) في م: الفاسدة.
(٦) في أ: بنى.
(٧) سقط في أ.

الفصل الثاني
في الألفاظ التي تصح الشركة بها، [والتي لا تصح][(١)]

قال محمد - رحمه الله -: إذا اشتركا بغير مال على أن ما يشتريانه فهو بينهما[(٢)]، أو خصا صنفًا[(٣)]، أو عملا، أو لم يخصا فهو جائز، وكذلك إذا قالا[(٤)]: هذا الشهر، فإذا جازت هذه الشركة[(٥)] هل تتوقت بالوقت المذكور حتى لا تبقى بعد مضي الوقت؟

لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأصل.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يتوقت[(٦)] وضعف الطحاوي هذه الرواية.

وقال: نص في وكالة الأصل أن من وكل رجلاً ليشتري له عبدًا اليوم [أو ليبيع له عبدًا اليوم، لأن][(٧)] الوكالة لا تتوقت باليوم.

وغيره من المشايخ صححوا هذه الرواية وقالوا: ما ذكر في الشركة يصير[(٨)] رواية في الوكالة [وما ذكر في الوكالة][(٩)] يصير[(١٠)] رواية في الشركة، فيصير في المسألة روايتان على قول هؤلاء، [[وعلى قول: نعم][(١١)]][(١٢)]، وهو الصحيح.

---

(١) سقط في أ.
(٢) الأصل (٤/ ٣٤٣)، والمبسوط، للسرخسي (١١/ ١٦٨).
(٣) في م: وصفا.
(٤) في م: قال.
(٥) في م: المدة.
(٦) في م: يتوقف.
(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: أن.
(٨) في أ: نظير.
(٩) سقط في م.
(١٠) في أ: نظير.
(١١) سقط في م.
(١٢) في أ: يقول.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا لم يذكروا لفظة الشركة، ولكن قال أحدهما للآخر: ما اشتريت اليوم فهو بيني وبينك [ما حكمه][١].

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه لا يصح إلا إذا ذكروا[٢] لفظة الشركة أو ما يدل على الشركة بأن قال ما أشتري اليوم وما اشتريت فهو بيني وبينك، أما بدون ذلك لا يجوز ما لم يكن الرأي مفوضًا إلى الشريك[٣] بأن قال: ما اشتريته[٤] [اليوم وكسبت][٥] اليوم فهو بيننا.

وروى أبو سليمان عن محمد - رحمه الله -: أنه يجوز وتثبت الشركة بهذا القدر إلا أنهما لو ذكرا الشراء من الجانبين يجوز، وإن[٦] لم يذكرا الشركة لما ذكر[٧] في حكم الشركة، كذا هاهنا.

قال: وكذلك إن لم يذكرا الشركة بأن اشتركا على أن ما اشتريا فهو بينهما، ثم إذا صحت الشركة في هذه المسألة بأن قال المختلط[٨]: اشتريت متاعًا وهلك عندي فطالبه[٩] شريكه بنصف الثمن وأنكر الشريك [الشراء أو أقر الشراء وأنكر القبض، كان القول قول الشريك][١٠] مع يمينه على العلم، وإن أقام[١١] المدعي بينة على الشراء والقبض ثم ادعى الهلاك كان القول [قول][١٢] المدعي مع

---

(١) في أ: بما حكمت.
(٢) في م: ذكر.
(٣) في أ، م: الوكيل.
(٤) زاد في أ: ما رأيته.
(٥) في م: ما رأيته اليوم أو ما شئت.
(٦) في م: وإلا.
(٧) في م: ذكرنا.
(٨) في م: المخلط.
(٩) في م: وطالب.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في م: ادعى.
(١٢) سقط في م.

يمينه.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجلين قالا: ما اشترينا من شيء فهو بيننا نصفان فهو جائز.

وذكر غير هذه المسألة في موضع آخر من المنتقى قال عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا قال: أردنا بهذا الكلام الشركة فهو جائز، وإلا فهو باطل.

وفيه - أيضًا - الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في رجل قال للآخر: ما اشتريت من أصناف التجارة فهو بيننا[١]، فقبل ذلك صاحبه، فهو جائز.

وكذلك إذا قال: اليوم وما أشتري ذلك اليوم [فهو بيننا نصفان][٢]، وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه ولم يؤقتا[٣]: ما اشتريت من الدقيق فهو بيني وبينك، فليس لواحد منهما أن يبيع حصة صاحبه مما [اشترى إلا][٤] بإذن صاحبه.

ولو قال: إن اشتريت اليوم عبدًا فهو بيني وبينك، فالشركة باطلة، ولو قال: عبدًا خراسانيًّا، فهو جائز.

وفيه: بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، [فقال: نعم، قال: هذه ليس الشركة غير مبانة ولا معلومة، وإن قال: ما اشتريت اليوم فهو بيني وبينك][٥] فهو جائز.

وكذلك إذا قال: [إن وقت][٦] سنة أو[٧] لم يوقت وقتًا [إلا أنه][٨] وقت من

---

(١) في م: بيني وبينك.
(٢) في م: كان بينهما نصفين.
(٣) زاد في م: وكذلك.
(٤) في م: اشتراها.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: و.
(٨) في م: لأنه.

المشتري مقدارًا بأن قال: ما اشتريت من الحنطة إلى كذا فهو بيني وبينك، فهذا جائز.

وإن سمى صنفًا من النوع ولم يوقت فيه وقتًا من الأيام ولا من المقدار، فقال: ما اشتريت من الحنطة [من قليل][(١)] أو كثير فهو بيني وبينك ولم [يعين ثمنًا][(٢)] فإن هذا لا يجوز، وكذلك الدقيق والأشياء كلها.

وكذلك إذا قال: ما اشتريت في وجهك هذا فهو بيني وبينك وقد خرج في وجهه أو قال: بالبصرة فهو باطل، حتى لو وقتا ثمنًا أو بيعًا.

وأما[(٣)] إذا قال الرجل لغيره: اشتر عبد فلان بيني وبينك، فقال المأمور: نعم، ثم ذهب وأشهد وقت الشراء[(٤)] أنه يشتريه لنفسه خاصة، فالعبد بينهما على الشركة.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في المجرد: إذا أمره بشرائه فسكت ولم يقل: نعم، ولا لأجنبي قال عند الشراء: اشتريته لنفسي، يكون له.

ولو قال[(٥)]: اشتريته لفلان كما أمرني، ثم اشتراه، كان[(٦)] للآمر فإن اشتراه وسكت عند الشراء ثم قال بعد الشراء: اشتريت[(٧)] لفلان الآمر، كان لفلان إذا كان سليما، ولو قال ذلك بعدما حدث به عيب لم يقبل قوله إلا أن يصدقه الآمر.

ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري عبد فلان بينه وبينه فقال المأمور: نعم، ثم لقيه رجل آخر فقال [له][(٨)] اشتر لي عبد فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراه

---

(١) سقط في أ.
(٢) في م: يوقت وقتا.
(٣) في م: وأياما.
(٤) في أ: الغذاء.
(٥) زاد في أ: اشهدا أني.
(٦) في م: فهو.
(٧) في م: اشتريته.
(٨) سقط في م.

المأمور فهو بين الآمرين ولا شيء للمأمور من العبد.

[قالوا: وهذا إذا قبل الوكالة من الثاني بغير محضر من الأول، فأما إذا قبل الوكالة بمحضر الأول يكون العبد بين الآمر الثاني وبين المأمور نصفان][١] وهكذا ذكر في المنتقى.

ولو لقيه ثالث بعد ذلك و[٢] قال: اشتر لي عبد فلان بيني وبينك، فاشتراه كان العبد للأولين[٣] ولا شيء للثالث.

قال في العيون: وهكذا إذا قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الأول [والثاني أما][٤] إذا كان بمحضر من الأول والثاني فالعبد بين الثالث والمشتري ولا شيء للأول ولا للثاني.

وإذا اشترى الرجل شيئًا فقال له[٥] آخر: [أشركني فيه، فأشركه][٦] فهذا بمنزلة البيع، فإن كان قبل [قبض][٧] الذي اشتراه[٨] لم يصح، وإن كان ذلك بعد القبض، فإن عرف مقدار الثمن جاز، وإن لم يعرف فهو بالخيار إذ[٩] عرف [عن بعض][١٠] أصحابنا -رحمهم الله - من يقول: البيع فاسد لجهالة الثمن فإذا صار معلومًا يرتفع الفساد.

ومنهم من قال: البيع صحيح، ولو قبض النصف دون النصف وأشرك فيه رجلاً

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: ولو.
(٣) في م: بين الأولين.
(٤) في م: فأما.
(٥) زاد في م: رجل.
(٦) في م: أشركه.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: اشترى.
(٩) في م: إذا.
(١٠) سقط في م.

لم يجز فيما لم يقبض، وجاز فيما قبض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه.

العبد[١] بين رجلين قال أحدهما لثالث: أشركتك في هذا العبد ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين، ولو كان مكان الاشتراك بيع بأن باع منه نصف العبد المشترك نفذ البيع في جميع نصيبه؛ لأن في الأول نص على الشركة، ولو صار جميع نصيبه له لا تبقى الشركة. وكذلك مسألة البيع.

في النوازل: معلمان اشتركا لحفظ الصبيان وتعليم القرآن والكتابة، فعلى ما اخترنا[٢] من الجواب على ما يأتي في الإجارات صحت الشركة؛ لأن هذه[٣] شركة في عمل[٤] يجوز الاستئجار عليه فتجوز الشركة في سائر الأعمال.

* * *

(١) في م: عبد.
(٢) في م: أوجبنا.
(٣) في م: هذا.
(٤) زاد في م: لا.

الفصل الثالث
في الشروط في الشركة الفاسدة

الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة ولا تبطل بالبعض[١] حتى لو اشترطا التفاضل في الوضيعة لا تبطل، وتبطل[٢] باشتراط ربح عشرة لأحدهما وإن كان كلاهما[٣] شرطا فاسدًا، ونص[٤] في شركة المنتقى [أن][٥] الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وقد روى إبراهيم عن محمد: رجل قال: اشتر جارية فلان بيني وبينك على أن أطأها[٦] أنا فالشرط [فاسد][٧] والشركة جائزة.

[قال: وكذلك شرط جائز في الشركة، ولو قال: على أن تبيعها، كان هذا جائزا][٨] وهو شركة بينهما يبيعانها على عادتهما، هكذا ذكرها هنا.

وذكر في كتاب الشركة: إذا تفاوت في المال وشرط أن الربح والوضيعة نصفان، فالشركة فاسدة.

قال مشايخنا: لم يرد محمد - رحمه الله - بقوله[٩]: الشركة فاسدة: فساد العقد، وإنما أراد[١٠] فساد شرط الوضيعة، [فإن محمدا][١١] - رحمه الله - ذكر

---

(١) في م: ببعض.
(٢) زاد في م: بالشروط.
(٣) في م: كلهما.
(٤) في م: تصح.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: بيننا.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في أ.
(٩) في م: في قوله.
(١٠) زاد في م: به.
(١١) في م: قال محمد.

هذه المسألة في الأمالي وقال: الشركة جائزة.

وقال مالك والشافعي - رضي الله عنهما -: الشركة فاسدة وعلى هذا إذا شرطا الوضيعة على المضارب حتى بطل الشرط لا تفسد المضاربة عندنا.

وذكر شيخ الإسلام في أول شرح المضاربة أن الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة [لأن فيها معنى الوكالات، والوكالات لا تبطل بالشروط الفاسدة][١] وإذا اشترط في المضاربة ربح غيره[٢] أو في الشركة يبطل [لأنه شرط فاسد بل لأنه يبقى][٣] والشركة عنان[٤] فيجري على إطلاق ما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - فيقال: لا تفسد الشركات و[لا][٥] المضاربات بالشروط الفاسدة، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) في م: عشرة.
(٣) في أ: إلا أنه ينبغي.
(٤) في م: عين.
(٥) سقط في م.

الفصل الرابع
في المفاسخة[١]

وإذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة أمتعة صح الفسخ [منه][٢] بخلاف المضاربة، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر الطحاوي أنه لا يصح الفسخ وجعلها بمنزلة المضاربة، وهذا إذا فسخ بحضرة صاحبه.

أما إذا فسخ بغيبة[٣] صاحبه، ولم يعلم صاحبه بالفسخ، لا يصح الفسخ سواء كان رأس المال أمتعة أو كان دراهم.

وإذا قال أحد المتفاوضين لغيرهما[٤]: هب[٥] لي درهمًا فوهبه[٦] وسلمه إليه بطلت المفاوضة وإن كان شريكه غائبًا، وهذا هو الحيلة لأحد المتفاوضين إذا أراد فسخ[٧] الشركة [في حال[٨] غيبة][٩] صاحبه، ولو مات أحد الشريكين انفسخت الشركة علم الشريك[١٠] بموته أو لم يعلم.

ولو كان الشركاء ثلاثة مات واحد منهم حتى انفسخت الشركة في حقه لا تنفسخ في حق الباقين.

وإذا قال أحد الشريكين لصاحبه: لا أعمل معك بالشركة فهو بمنزلة قوله:

---

(١) في أ: المفاوضة.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بغير حضرة.
(٤) في م: لغيره.
(٥) زاد في أ: أمتعة.
(٦) في م: فوهب.
(٧) في م: أن يفسخ.
(٨) زاد في أ: الشريك.
(٩) في م: على.
(١٠) في م: الوكيل.

فسخت الشركة.

وفي المنتقى: ثلاثة نفر متفاوضون غاب[١] أحدهم وأراد الآخران الفسخ[٢] فليس لهما ذلك دون الغائب ولا ينتقض بعض العقد[٣] دون البعض [و][٤] المفاوضة تنفسخ بإنكار أحدهما، نص عليه شيخ الإسلام في أول باب خصومة المتفاوضين فيكون هذا في جميع الشركات.

ولأحد المتفاوضين [إن شارك][٥] غيره شركة عنان [انتقضت][٦] المفاوضة بالإجماع، أما الإقرار بالدين فعند أبي حنيفة - رحمه الله -: لا ينفذ.

وعندهما: ينفذ[٧] في كتاب الشركة في باب حضور[٨] المتفاوضين بعد النصف منه، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله-.

فقد أشار شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في مسألة الإقرار إلى البيع - أيضًا -: أنه على الخلاف فإنه جعل مسألة الإقرار فرعًا لمسألة بيع الوكيل لمن[٩] لا تقبل شهادته له فينظر هناك.

أحد المتفاوضين إذا استعار دابة ليركبها إلى مكان كذا فركبها شريكه إلى غير ذلك المكان فعطبت فهما ضامنان وكان لصاحب الدابة أن يأخذ بالضمان أيهما شاء، فبعد ذلك إن كان الراكب ركبها [في حاجة][١٠] نفسه فالضمان في مال الراكب خاصة،

---

(١) في أ: فمات.
(٢) في م: ينقضا.
(٣) في م: العهد.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: أن يشارك.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في أ: وعندهما.
(٨) في م: خصومة.
(٩) في م: من.
(١٠) في م: بحاجة.

وإن ركبها [في حاجة صاحبه][١] فالضمان في مالهما، في باب خصومة المتفاوضين.

ثم الأصل أن [إعارة أحد][٢] المتفاوضين إعارة منهما وإن قلنا إن الإعارة تنفع[٣] المستعير خاصة إذا لم يكن ذلك النوع من الانتفاع مساويًا [في نفسه][٤] كما لو استعار [أحدهما دابة ليحمل شيئًا ليس خاصًا به إلى مكان ما يحمل عليها شريكه][٥] مثل ذلك إلى ذلك [المكان][٦] من شركتهما[٧] أو من خاصة نفسه لا ضمان عليه، وكذا [إذا حمل شريكه من هذا الجنس ما هو [أقل ضررًا بالدابة فأما إذا حمل شريكه من ذلك الجنس وهو][٨] أكبر أقل ضررًا بالدابة يضمن وإذا أخذ أحد المتفاوضين دينًا وجب لهما][٩] جاز ذلك[١٠] في نصيبه وفي نصيب صاحبه بالإجماع سواء وجب الدين بعقد صاحبه أو بعقدهما.

ذكر في المنتقى: إذا كان على المتفاوضين دين إلى أجل فأبطل أحدهما الأجل بطل وأصل[١١] المال عليهما[١٢] جميعًا، ولو مات أحدهما حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر.

إذا أجر أحد المتفاوضين نفسه في [حفظ شيء أو خياطة ثوب أو في تقبل

---

(١) في م: إلى حاجتهما.
(٢) في م: الإعارة لأحد.
(٣) في م: لم ينتفع.
(٤) في م: لنفسه.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في: شريكهما
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: تاجرا.
(١١) في م: أجل.
(١٢) في م: عنهما.

العمل][1] من الأعمال فالأجر بينهما وكذا كل كسب اكتسبه أحدهما، ولو أجر نفسه للخدمة فالأجرة له خاصة [هكذا ذكر في شركة القدوري.

ولو أجر أحد المتفاوضين عبدًا له ورثه فالأجرة له خاصة][2] هكذا ذكر[3] - رحمه الله - في باب خصومة أحد المتفاوضين.

إذا كفل عن رجل لم يلزم[4] صاحبه شيء عند أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يلزمه.

ولو[5] كفل بنفسه لم يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعًا. في شركة القدوري وفي كفالة الجامع الصغير.

إذا اشتركا على أن يتصرفا معًا فأذن أحدهما للعبد كما[6] أمر الشريك صح، [وإذا استأجر أحدهما إبلاً إلى مكة ليحج عليها صح وعليه الأجرة][7]، وإذا فسخ أحدهما العقد الذي باشره الآخر مع العاقد الآخر، جاز، [والله تعالى أعلم][8].

* * *

(١) في أ، م: حائطه لعمل.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: محمد.
(٤) في م: يكن.
(٥) زاد في م: كان.
(٦) زاد في م: لو.
(٧) في أ، م: ولو حج أحدهما عليه صح أجره عليه أيضا.
(٨) سقط في م.

الفصل الخامس
[هلاك المال][(١)] في شركة العنان

الأصل في شركة العنان أن قيمة رأس المال[(٢)] تعتبر بتحصيل الربح يوم الشركة وبتحصيل الملك في المشترى يوم الشراء، وبتحصيل[(٣)] المال يوم القيمة، في الباب الأول من شركة الجامع[(٤)].

وإذا اشتركا شركة عنان ثم هلك أحد المالين قبل الشراء أو قبل الخلط هلك من مال صاحبه، سواء هلك في يد المالك أو هلك في يد صاحبه، أو هلك في يديهما؛ لأن رأس مال كل [واحد][(٥)] منهما قبل الشراء أو الخلط باق على ملكه فتبطل الشركة، فإن اشترى [الآخر عند][(٦)] ذلك بماله فإن صرحا بالوكالة فالعقد عقد شركة [فما يشتريه][(٧)] كل واحد منهما[(٨)] كان المشترى [بينهما وكانت][(٩)] شركة ملك.

وإن كانت الشركة [مجردة][(١٠)] لم ينص فيها على الوكالة كان المشترى لصاحب

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: عند اختلاف رأس المال.
(٣) زاد في م: رأس.
(٤) شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة؛ لأن كل واحد منهما إذا دفع المال لصاحبه فقد أمنه، وإذا أذن له في التصرف فقد وكله، فيجوز لكل واحد فيهما أن يبيع ويشتري ويفعل كل ما كان من شأنه أن يتولاه التجار عادة، لأنه بالنسبة لشريكه وكيل فملك ذلك كالوكيل، وكل ما في يد الشريك أمانة، فيكون مسؤولًا عنه متى قصر أو تعدى، وعليه فإنه يكون ضامنًا للمال بقيمته يوم هلاكه إن كان متقومًا وبمثله إن كان مثليًا، فإن كان هلاك المال بدون تعدٍ أو تقصير فلا ضمان عليه، وذلك لابتناء شركة العنان على الأمانة.
ينظر: مطالب أولي النهي (٣/ ٥٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١٤)، الشركات في الفقه الإسلامي، د. رشاد حسن خليل، نقلًا عن الأستاذ علي الخفيف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص (١١٧).
(٥) سقط في م.
(٦) في م: عبد.
(٧) في م: وما اشتراه.
(٨) زاد في م: فهو بينهما.
(٩) في م: لكن.
(١٠) سقط في أ.

المال، وإن لم يهلك واحد من المالين [واشتريا بأحد المالين][1] ثم هلك المال الآخر هلك من مال صاحبه وانتقضت الشركة في الهلاك، ويكون المشترى مشتركًا بينهما [وإن لم يصرح بالوكالة في العقد.

ثم قال الحسن بن زياد: المشترى بينهما مشتركًا][2] شركة ملك.

وقال محمد - رحمه الله -: شركة عقد، وأحكامهما مختلفة، في شركة القدوري.

ولأحد شريكي العنان أن يبضع وأن يدفع المال مضاربة وليس له أن يشارك غيره إذا لم يشترط في عقد الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه نصًا، وهو الصحيح.

ذكر الشيخ الإمام - رحمه الله - في هذا الموضع -أيضًا-.

وفي شرح القدوري: إذا قال كل واحد منهما لصاحبه: اعمل في ذلك برأيك، جاز لكل واحد منهما أن يعمل ما يقع في التجارة[3] من الرهن والارتهان والخلط بماله والمشاركة مع الغير، فأما الهبة والعوض وما كان إتلافًا للمال أو تمليكًا بغير عوض فإن ذلك لا يجوز [نص][4] عليه[5] [في هذا][6] الموضع - أيضًا - إذا لم يقل الشريك له: اعمل برأيك، ليس له أن يخلط[7] مال الشركة [بمال صاحبه][8].

قال في شركة الأصل: إذا أخذ أحد شريكي العنان مالًا مضاربة فربح فيه، كان

(١) في أ: بأن استوى المالان.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الإجارة.
(٤) في أ: أن ينص.
(٥) زاد في أ: أو قال.
(٦) في م: وقال هذا.
(٧) في م: يحفظ.
(٨) في م: بماله خاصة.

الربح له خاصة.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح هذا الكتاب: [هذا][(١)] الجواب صحيح فيما إذا أخذ مالًا مضاربة ليتصرف[(٢)] فيما ليس من تجارتهما، [أو[(٣)] أخذ مالًا مضاربة ليتصرف فيما يكون[(٤)] من تجارتهما][(٥)]، أو مُطلقًا حالة غيبة صاحبه يكون نصف الربح لشريكه والنصف الآخر بين المضارب ورب المال، ولكل واحد من شريكي العنان أن يبيع بالنقد والنسيئة ويشتري بالنقد والنسيئة إذا كان في يده مال ناقص من الشركة.

وكذا إذا كان [مكيلًا أو موزونًا فاشترى][(٦)] بذلك الجنس شيئًا جاز، وإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير فالمشترى له خاصة دون شريكه.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: إذا كان في يده دنانير واشترى بدراهم جاز.

والحاصل: أنه إذا اشترى بشيء لم يكن ذلك الجنس من الثمن[(٧)] في يده يصير مشتريًا لنفسه، في شرح القدوري، في باب: ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمل في المال.

والإعارة من أحد شريكي العنان لا تكون إعارة منهما إذا [[لم يبين][(٨)] المستعير [عند الاستعارة أنها لهما][(٩)]][(١٠)]، وإن لم يكن ذلك النوع من الانتفاع متفاوتًا في

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: يتصرف.
(٣) في م: لا مطلقا حال حضرة صاحبه وأما إذا.
(٤) في م: هو.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: عنده مكيل أو موزون واشترى.
(٧) في م: الذي.
(٨) في أ: بين.
(٩) في م: بين المستعير أن الإعارة لمنفعة المستعير.
(١٠) سقط في أ.

نفسه حتى إن أحدهما إذا[١] استعار دابة ليحمل عليها لنفسه خاصة فحمل [عليها][٢] شريكه طعامًا لنفسه خاصة يجب عليه الضمان، سواء كان الثاني مثل الأول [أو أقل][٣] أو أثقل أو أخف، فإن بين المستعير عند الاستعارة [أنه][٤] يحمل شيئًا مشتركًا كان ذلك إعارة منهما[٥] حتى إن أحدهما إذا استعار من آخر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم [حنطة من شركتهما فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم][٦] شعير من شركتهما[٧] لا يضمن، ذكر خواهر زاده هذه الجملة في باب عارية المتفاوضين[٨] في شرح كتاب الشركة.

أحد شريكي العنان لو أجر نفسه في عمل كان [من][٩] تجارتهما كان الأجر بينهما، ولو أجر نفسه في عمل لم يكن من تجارتهما كان الأجر له خاصة، ولو أجر أحد شريكي العنان عبدًا له فالأجرة[١٠] له خاصة، وإذا أقر أحد شريكي العنان بدين في تجارتهما وأنكر الآخر، [فهذا على ثلاثة أوجه][١١]:

إن أقر بدين وليه المقر بنفسه بأن قال: اشتريت عبد فلان بكذا وأنكر شريكه، ففي هذا الوجه يلزم المقر جميع الثمن.

أو يقر بدين من تجارتهما ولياه جميعًا بأن [قال: اشترينا][١٢] من فلان عبدًا بكذا

---

(١) في م: لو.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بينهما.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: شريكهما.
(٨) في أ: المفاوضين.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: كان الأجر.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في م: اشتريا.

وأنكر شريكه.

وفي هذا الوجه: يؤاخذ المقر بنصف الثمن ولا يؤاخذ [به][(١)] شريكه.

أو يقر بدين على[(٢)] شريكه خاصة بأن قال: اشترى شريكي عبدًا من فلان بكذا، وأنكر شريكه، وفي هذا الوجه: لا يلزم أحدهما شيء في هذا الموضع [أيضا][(٣)].

[و][(٤)] لو أقر أحد شريكي العنان [بعين في متاع باعه جاز عليه وعلى صاحبه في شرح القدوري في باب ما يجيز لأحد][(٥)] شريكي العنان.

إذا أجر دستًا[(٦)] وجب لهما فالمسألة على ثلاثة أوجه[(٧)]:

إن كان المؤجر هو الذي ولي العقد بنفسه، ففي[(٨)] هذا الوجه: جاز بأجرة في نصيبه ونصيب صاحبه عند أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وإن ولياه جميعًا أو ولي أحدهما [لا يجوز أخذ أجرة][(٩)] لا في نصيبه ولا في نصيب صاحبه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز، ذكره خواهر زاده - رحمه الله - قبل شركة المفاوضة.

وإذا اشترك الرجلان شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعًا فقال الشريك الذي لم يشتر: هذا المتاع [من شركتنا، وقال المشتري: هذا المتاع لي خاصة فهذا على وجهين:

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وليه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: أن يعمل في مال أحد.
(٦) في أ: دستار.
(٧) زاد في م: أما.
(٨) في أ: في.
(٩) في م: لم يجز بأجر أحدهما.

الأول: أن يدعي المشتري أنه اشتراه بنفسه خاصة، [وهذا قبل عقد الشركة، أما][١] بعد عقد الشركة ففي[٢] هذا الوجه [يكون][٣] بينهما على الشركة إذا كان ذلك المتاع من][٤] جنس تجارتهما.

الوجه الثاني: أن يقول المشتري: اشتريته لنفسي قبل عقد الشركة.

وقال الآخر: لا بل اشتريته بعد عقد الشركة، وفي هذا الوجه إن علم تاريخ الشراء والشركة ينظر إلى أسبقهما تاريخًا، فإن كان تاريخ الشراء أسبق كان المتاع للمشتري خاصة، وإن كان تاريخ الشركة أسبق كان مشتركًا بينهما؛ لأنه ثبت الشراء بعد الشركة، وأحد الشريكين إذا اشترى شيئًا من جنس تجارتهما لنفسه خاصة حال غيبة الشريك الآخر يكون على الشركة [إذا لم يعلم التاريخ][٥]، وإن علم تاريخ أحدهما ولم يعلم تاريخ الآخر إن علم بتاريخ الشراء [لا][٦] غير لا يجعل الشراء قبل الشركة، وإن علم بتاريخ الشركة يجعل الشراء بعد الشركة، وإن لم يعلم التاريخ أصلًا فالمشترى يكون للمشتري خاصة، ذكر خواهر زاده - رحمه الله - هذه الجملة في أول[٧] كتاب الشركة، والله تعالى أعلم.

* * *

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: فهو في.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في أ: شرح.

الفصل السادس

في تصرف أحد الشريكين في الدين المشترك

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: شريكان في ألف درهم على رجل ضمن أحدهما لصاحبه عن الغريم فالضمان باطل؛ لأنه لو صح هذا الضمان [إما أن][١] يصح مع قيام الشركة وينصرف إلى نصف شائع ولا وجه له [إلا أن كل حق][٢] مشترك بينهما، فإذا ضمنه فلا بد وأن يبطل الضمان في [نصفه؛ لأنه ضمان لنفسه ثم الثاني][٣] مشترك بينهما - أيضًا - فيبطل الضمان في نصفه][٤]، ولا يزال كذلك حتى يبطل كله فكان في تصحيحه ابتداء إبطاله [انتهاء][٥] إلى أن يصح بشرط تقديم القسمة، فإن الدين لا يحتمل القسمة، فإن القسمة إفراد بعض الأنصباء عن البعض، وذلك لا يتحقق حال اجتماع الكل في مكان واحد.

ألا ترى أن الأعيان المشتركة بين جماعة يستحيل انقسامها[٦] ما دامت كلها في مكان واحد مجتمعة وكذا[٧] الدين، وقبل القبض الدين كله في مكان واحد وهو ذمة الغريم فلا يمكن تحقيق القسمة فيه؛ ولأن الدين في التحقيق معدوم إلا أنه ألحق بالأموال باعتبار العاقبة لحاجة الناس فإن كل[٨] أحد لا يجد ما يشتري به كل ما يحتاج إليه ولا حاجة إلى جعلها موجودة بحق جواز القسمة فيبقى في حقه على

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: لأن كل جزء.
(٣) في م: نفسه ثم الباقي.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: انتهى أولًا وآخرًا.
(٦) في م: اقسامها.
(٧) في م: وكذلك.
(٨) في أ: كان.

العدم.

فإن قضاه على هذا الضمان [يرجع بما أخذه][١]؛ لأنه إنما قضى بضمان فاسد فيكون له حق الرجوع كمن ضمن بدل الكتابة وقضاها فإنه يرجع كذا هاهنا.

ولو لم يكن ضمن لصاحبه لكنه قضى لشريكه[٢] حصة من الدين من غير كفالة [صحت الكفالة][٣]؛ لأنه تبرع لقضاء[٤] دينه وأمكن تصحيح القضاء بصرفه إلى نصيب المدفوع إليه بواسطة تقديم القسمة وأمكن القول بالقسمة هاهنا؛ لأن هذا قول بالقسمة حال [تفرق النصيب و[٥] في][٦] المكان؛ لأن نصيب المدفوع [إليه][٧] صار في يده بالقبض ونصيب الآخر في ذمة الغريم، والقول بقسمة الدين بعد تفرق النصيب[٨] في مكان جائز كما في العين المشتركة.

وإذا جازت القسمة على الوجه الذي قلنا وجب تقديم القسمة فصححنا التبرع بخلاف كفالة[٩] ما مر، وقد يصح[١٠] التبرع بما لا يصح به الضمان؛ ألا ترى أنه لا يصح الضمان ببدل الكتابة عن المكاتب ويصح التبرع، وهاهنا - أيضًا - كذا، وإذا صح القضاء من أحد الشريكين لم يكن له أن يشارك صاحبه فيما قضى.

فرق بين هذا وبين ما لو تبرع أجنبي بقضاء حصة أحدهما كان للآخر أن يشارك صاحبه فيما قضى والفرق بينهما وهو أن إقدام أحد الشريكين على قضاء صاحبه

---

(١) في م: رجع به وأخذه.
(٢) في م: شريكه.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بقضاء.
(٥) في أ: وقوف.
(٦) في أ: بوقف النظر.
(٧) سقط في أ، م.
(٨) في أ: التصرف.
(٩) في أ: كلالة، وفي م: على.
(١٠) في أ: صح.

إبطال حقه في المشاركة، إذ لو كان له حق المشاركة يسترد من صاحبه نصف المقبوض ومتى استرد ذلك ينتفع[(١)] فيما استرد، ثم يسترد النصف الباقي -أيضًا- على[(٢)] ألا يبقى في يده شيء.

وهذا المعنى لا يوجد في تبرع الأجنبي [فبقي حق][(٣)] المشاركة، فإن نوى ما على الغريم [مثلًا][(٤)] فلا تسلط[(٥)] له على الشريك فيما قبض منه؛ لأن إقدامه على التبرع بقضاء حصة مشتركة يضمن إبطال حقه عن المشاركة فسلم المقبوض لشريكه يومئذ مطلقًا، ولا يعود حق التبرع فيما قضى أبدًا، بخلاف ما لو قضى المطوب أو أجنبي حصة أحد الشريكين وسلم الشريك الآخر ذلك ثم يؤدي ما على الغريم، كان للشريك المسلم اتباع الشريك ومشاركته فيما قبض؛ لأن هاهنا سلم له[(٦)] حق المشاركة في الابتداء وفي [التسليم إبطال][(٧)] ذلك لكن بشرط سلامة حصة [من][(٨)] المطلوب، فإذا لم يسلم عاد حقه لذمة[(٩)] المطلوب كما كان، أما إقدام أحد الشريكين على التبرع بحصة شريكه كما يضمن إبطال حقه عن المشاركة إن لم يثبت حق المشاركة وقت القضاء أصلًا ليكون السقوط بشرط السلامة ولا يحتمل العود بعد ذلك.

واستدل محمد - رحمه الله - بما كان أبو الحسن وأبو يوسف -رحمهما الله- يفعلان[(١٠)] من [كتابة الوثيقة في الشركة إذا أراد الورثة أن يصالحوا وارثا ويخرجوه

(١) في م: ينقبض التفريغ.
(٢) في م: إلى.
(٣) في م: فتبقى.
(٤) سقط في أ، م.
(٥) في م: سبيل.
(٦) في م: إليه.
(٧) في أ: السلم أبطل.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: إلى ذمة.
(١٠) في م: يقولان.

عن الشركة][١] أنهم كانوا يكتبون أنهم صالحوا فلانًا وعجلوا له نصيبه من الدين ولو كان الشريك في الدين بعدما عجل نصيب شريكه مشاركًا فيما قبض لم يكن ذلك وثيقة.

رجلان لهما على رجل ألف درهم فقبض أحدهما نصيبه من الذي عليه أجود، كان للشريك الساكت[٢] أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وإن أراد القابض أن يعطيه مال الآخر لا يكون له ذلك إلا [إن رضى][٣] الساكت، ولو أراد الساكت أن يأخذ من القابض مثلها لا يكون له ذلك إلا برضى القابض، وأصله أن أحد الشريكين إذا اقتضى حصته كان ذلك ملكًا له حتى إذا هلك قبل المشاركة كان على القابض، فإذا شاركه صار المقبوض مشتركًا بينهما، وإنما كان كذلك؛ [لأن المقبوض][٤] إذا كان من جنس الدين؛ عين الدين خاليًا[٥] ولهذا كان قبض جنس الحق استيفاء، ولهذا كان لصاحب الدين أن يمد يده فيأخذ وهو عين[٦] الدين حقا؛ لأن المقبوض عينا والدين غير عين فمن حيث إنه غير الدين حقيقة صار المقبوض ملك القابض، إذ التمليك وجد من القابض لا غير، ومن حيث إنه عين[٧] الدين حكما ثبت للشريك حكم المشاركة في عين[٨] المقبوض، وفي حق هذا لا يختلف بين ما إذا كان المقبوض [من][٩] مثل الدين أو أجود منه أو أردأ؛ لأن المقبوض في الأحوال كلها عين[١٠] الدين حكمًا وليس ببدل بطريق الحكم، ولهذا جاز في السلم والصرف أخذ

(١) بدل ما بين المعقوفين في أ: كتاب.
(٢) في أ: الثاني.
(٣) في م: برضى.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: حاليا.
(٦) في م: غير.
(٧) في م: غير.
(٨) في أ: غير.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: غير.

الأجود، وإذا أراد[١] فإن لم يشاركه الساكت في ذلك حتى وهب القابض لرجل أو قضاها من ماله فأراد الساكت الرجوع على الموهوب له أو على الغريم لم يكن له ذلك، ولا ينقض تصرف القابض بحق الشريك الساكت، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة حيث ينقض لحق الشفيع.

والفرق[٢] بينهما: أن القابض ملك المقبوض إلا أن للآخر حق المشاركة على ما مر وتصرف المالك في[٣] ملكه إنما ينتقض لحق الغير إذا كان ذلك الحق [مقبوضًا][٤] مقصورًا على العين.

أما إذا لم يكن مقصورًا فلا ينعقد[٥] وهو أن حق ذلك الغير إذا كان[٦] مقصورًا على [العين، أما إذا لم يكن مقصورًا على العين][٧] أو لم ينتقض بصرف المال يبطل حق صاحب الحق فيتضرر، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا لم يكن حقه مقصورًا على العين[٨] ولهذا لا ينتقض نصف المولى في العبد الجاني لحق ولي الجناية؛ لأن حقه غير مقصور على العين فإن للمولى أن يفدي العبد [بمثل نفسه][٩] إذا أشهد.

فنقول[١٠]: حق المبيع مقصور على العين فجاز أن ينقض نصف المولى، أما في مسألتنا: حق الساكت غير مقصور على العين فإنه ينتقل إلى غيره وهو المثل [بينهما][١١] فلا ضرورة إلى نقض تصرف القابض.

---

(١) في م: أدى.
(٢) في م: والعرف.
(٣) في م: و.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: نفقة.
(٦) زاد في أ: ذلك الحق مقبوضًا.
(٧) في م: الدين.
(٨) في أ: الدين.
(٩) في م: ويمسكه لنفسه.
(١٠) زاد في م: في.
(١١) سقط في أ، وفي م: بتراضيهما.

استشهد محمد - رحمه الله - في الكتاب فقال: ألا ترى أن رجلاً لو ادعى على رجل ألفًا فقضاه ثم أقر المدعي أنه لم يكن له على المدعى عليه حق، كان على المدعي رد عين المقبوض، وإن لم يرد حتى وهبها القابض أو قضاها غريمًا له لم يكن لصاحبها عليه سبيل؛ لأنه ملك المقبوض [ملكًا فاسدًا بالقبض](١) وحق المقبوض منه غير مُقتصر على العين(٢) فإن عند الهلاك يجب على القابض مثل المقبوض.

وفي مسألة الجامع: ملكه ملكًا صحيحًا، ثم هناك لما لم ينتقض تصرفه مع فساد ملكه، ولما لم يكن حقه مقصورًا على العين فمنع صحة الملك أولى، ثم إن حكمنا بفساد الملك في مسألة المتهب(٣) ابتداء [لا كما](٤) لو باع عبدا بحنطة في الجوالق وظهر أنه ليس في الجواليق فالمشتري العبد يملكه ملكًا فاسدًا فها هنا كذلك(٥) ابتداء [لا يبدأ؛ لأن](٦) في مسألة الجوالق(٧) باع السيد(٨) ملك العبد من المشتري ما(٩) أشار إليه في الجوالق ولم يوجد ذلك فصار ذلك بمنزلة [استحقاق، وكان المقبوض بمنزلة](١٠) بدل المستحق وذلك مملوك عندنا ملكًا فاسدًا، وهذا المدعي ملك المقبوض من المدعى [عليه بمال مشار](١١) إليه بوصف في الذمة ولم يوجد ذلك - أيضًا -.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الغير.
(٣) في م: المستعار.
(٤) في م: إلا بما.
(٥) زاد في أ: من وجه.
(٦) في م: الابتدال أن.
(٧) في م: الجوليق.
(٨) في م: العبد.
(٩) في م: بما إذا.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في م: بما يشار إليه.

وفرق بين هذا وبين ما لو اشترى عبدًا من المدعى عليه بدين ثم تصادقا[١] أنه لم يكن على[٢] المدعى عليه [شيء][٣] أن المدعي يملك البيع بيعًا صحيحًا، وهاهنا كما[٤] يملك المقبوض ملكًا فاسدًا.

والفرق: وهو أن البيع مشاركة من كل وجه، وإنما [يتعلق بدراهم مشار إليها عينًا فلا يتعلق بدراهم مشار إليها دينًا، وإنما][٥] يتعلق بمثلها فتصادقهما على عدم الدين لا يمنع صحة العقد إذا تعلق بمثل المسمى، فأما المدعى هاهنا [قبض بحكم الاقتضاء وقد بينا أن المقبوض بحكم الاقتضاء][٦] عين حقه حكمًا بدل حقه [حقيقة][٧] فكان بدلًا من وجه دون وجه، ولو كان [مبادلة من كل وجه جازت المبادلة وحكم بصحتها كما في مسألة بيع العبد، ولو كان][٨] استيفاء لعين الحق من كل وجه لا[٩] يثبت الملك أصلاً، كما لو اشترى عينًا من إنسان على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره لا يثبت الملك أصلاً إذا[١٠] كان بدلًا من وجه دون وجه عملنا بهما من حيث إنه استيفاء [و][١١] وصف الصحة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

ثم عاد محمد - رحمه الله - إلى مسألة[١٢] الكتاب فقال: إذا قبض أحد

---

(١) في م: تصادق.
(٢) في م: من.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: فيما.
(٥) بدل ما بين المعقوفين في م: لا.
(٦) في أ: فيصير بحكم الاقتضاء.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في م: لم.
(١٠) في م: فإنها.
(١١) زاد في أ: مسألتنا.
(١٢) في أ: لأسئلة.

الشريكين نصيبه أجود من دراهمه فسلمها شريكه واختار اتباع الغريم فتوى ما على الغريم كان له أن يرجع على الشريك الساكت لما مر أن حقه في المشاركة كان ثابتًا، وإذا سلم فقد أبطل [حق نفسه][(١)] لكن شرط السلامة من الغريم، وإذا لم يسلم كان له حق الرجوع، ثم القابض بالخيار إن شاء أعطاه [نصف عين][(٢)] المقبوض، وإن شاء أعطاه مثل نصف المقبوض، وليس للساكت أن يقول ابتداء نصف المقبوض كان له قبل التسليم.

والوجه في هذا أن المقبوض ملك القابض إلا أن [للساكت فيه حق المشاركة فإذا سلمه][(٣)] لشريكه فقد سلمه[(٤)] ما له من الحق[(٥)] في الدراهم ببدل وهو نصيب القابض فيما بقي من الدين على الغريم فصار ذلك مملوكًا للقابض على سبيل الخلوص[(٦)] بسبب صحيح وانقطع حق الساكت واستحق الساكت الرجوع على الغريم القابض.

ثم إذا سلم[(٧)] الغريم من جهة الغريم واستحق الرجوع على القابض ورجع كان بمنزلة الفسخ ما [بينه القابض][(٨)] من جهة الساكت فيكون بمنزلة مبادلة مفسوخة، والدراهم الزائلة عن ملك الإنسان بالمبادلة لا تتعين للعود على[(٩)] ملكه عند فسخ المبادلة.

فإذا[(١٠)] اشترى عبدًا بدراهم وهلك العبد قبل القبض أو وجد به عيبا فرده وأراد

---

(١) في أ: حقه.
(٢) في م: مثل نصف.
(٣) في أ: الساكت في المشاركة إذا سلم.
(٤) في م: ملك.
(٥) في م: حق.
(٦) في أ: المقبوض.
(٧) في م: لم يسلم.
(٨) في م: ثبت للقابض.
(٩) في م: إلى.
(١٠) في م: فإنه إذا.

الرجوع بعين ما أدى من الدراهم لا يكون له ذلك، وهذا المعنى لا يتأتى قبل تسليم الشريك ولهذا افترقا.

في شركة المنتقى: ابن سماعة عن محمد: رجلان لهما على رجل ألف درهم من ثمن عبد أو غير ذلك فأخر أحدهما حصته من ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز في قول محمد.

فرع على قول محمد فقال: ولو أن الغريم [عجل للذي أخر][(١)] حصته مائة درهم من حقه فلشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك [وذلك خمسون فإذا أخذ منه ذلك كالذي عجل له المائة يرجع على الغريم بمثل ما أخذ منه][(٢)] وذلك خمسون من حصة الذي لم يؤخر من [قبيل أن][(٣)] الذي [لم][(٤)] يؤخر إذا أخذ من المؤخر صار للمؤخر من حصته مثل ذلك؛ ألا ترى أن الغريم لو عجل للمؤخر جميع حقه وذلك خمس مائة فأخذ الذي لم يؤخر من ذلك نصفه كان للمؤخر أن يرجع على الغريم بما أخذ منه من حصة شريكه كذا هاهنا.

وذكر بعد هذا: أن المؤخر إذا رجع على الغريم بخمسين قسمت هذه الخمسون بينهما على عشرة أسهم، للمؤخر من ذلك سهم، ولغير المؤخر تسعة أسهم، ولو أن الغريم حين عجل للمؤخر مائة درهم ورجع عليه شريكه بنصف ذلك لم يرجع المؤخر على الغريم حتى قبض الذي لم يؤخر من الغريم كان للمؤخر أن يشاركه فيها، ويكون ذلك بينهما على عشرة أسهم للمؤخر سهم ولشريكه تسعة أسهم.

وفيه - أيضًا -: ابن سماعة عن أبي يوسف في الأمالي[(٥)]: رجلان لهما على

---

(١) في أ: الذي عجل.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: قبل.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: الإملاء.

رجل ألف درهم فأفسد أحد الرجلين[١] على المطلوب متاعًا أو قتل عبدًا له وصار ماله قصاصًا، فليس لشريكه أن يرجع عليه بشيء.

وكذلك لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالًا[٢] عن رجل صارت حصته قصاصًا ولا شيء لشريكه عليه، فإن قبض عن المكفول عنه ذلك المال الثالث لم يكن لشريكه - أيضًا - أن يشاركه في ذلك.

ولو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بحصته أو أحاله بذلك على رجل فاقتضاه[٣] هذا الشريك من الكفيل أو المحال عليه، فللآخر أن يشاركه فيه.

وكذلك [لو][٤] أن المطلوب أعطاه أحدهما [رهنًا][٥] بحصته فهلك عنده فليس له أن يضمنه.

وفي بيوع هذا الكتاب: أحد ربي الدين إذا أخذ [ممن عليه الدين ثوبًا أو طعامًا فلشريكه أن يشاركه فيه وإن هلك يهلك من نصيبه وكذلك لو وكل غيره بالقبض فقبض الوكيل فهلك في يد الوكيل يهلك على الموكل ولو كان قائمًا لشريكه أن يشاركه فيه.

رجلان لهما على رجل ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ][٦] حصته ولا يكون لشريكه سبيل.

قال نصر - رحمه الله -: يهب الغريم له مقدار حصته ويقبض ثم يبرأ الغريم من حصته.

---

(١) في م: ربي الدين.
(٢) في م: بمال.
(٣) في م: فأمضاه.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

في شركة النوازل والواقعات قال أبو بكر في النوازل والواقعات: بيع مطلوب كفًّا من زبيب [وتمرًا لحصة][١] من الدين وسلم إليه الربح[٢] ثم يبرئه عن نصف دين الغريم ويطالبه بثمن الزبيب فلا يكون لشريكه في ذلك شيء.

قال في كتاب الدية: إذا كان لثلاثة دين مشترك على إنسان فغاب اثنان منهم وحضر الثالث فطلب نصيبه يجبر المديون على الدفع، في وديعة شرح الجامع الصغير، والله تعالى أعلم.

إذا اشتركا شركة عنان ورأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير [وقيمة الدنانير مثل قيمة][٣] الدراهم، فاشترى صاحب الدراهم [بالدراهم][٤] غلامًا، واشترى الآخر بالدنانير جارية ونقدا المالين وكان ذلك في صفقتين فهلك الغلام والجارية في يديهما، يرجع كل[٥] منهما على صاحبه بنصف رأس[٦] ماله، ولو اشترياهما صفقة واحدة وباقي المسألة بحالها لم يرجع أحدهما على صاحبه، وجعل كل واحد منهما حال تفريق الصفقة وكيلاً عن صاحبه، ولم يجعل ذلك حال اتحاد الصفقة.

إذا اشتركا على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن بيع النسيئة، اختلف فيه المتأخرون، واختيار الفقيه أبو الليث صحة النهي في شركة[٧] فتاويه.

وإذا قال أحد الشريكين لصاحبه: لا تجاوز بكذا، فتجاوز فهلك المال، يضمن

---

(١) في م: عند الحصة.
(٢) في م: الترسيم.
(٣) في م: هذا مثل فضة.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: واحد.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: الشركة في.

حصة[١]، شريكه، في هذا الموضع أيضا.

اشترى شيئا ثم[٢] أشرك آخر فيه، فهذا بيع النصف من الثاني بنصف الثمن الذي اشترى به.

إذا قال لغيره: أقرضني ألفا أتجر بها ويكون الربح بيننا، فأقرضه ألفا واتجر وربح، فالربح كله للمستقرض، لا شركة للمقرض فيه.

دفع إلى رجل ألفا وقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا، فهلك المال قبل أن يشتري فلا ضمان عليه، وهذا ليس بقرض إنما هو شركة.

وإن اشترى بالمال ثم هلك المال، فعلى الآمر ضمان نصف المال، وعلى المشتري مثل ذلك، وهذا على قول أبي يوسف.

أما على قول محمد - رحمه الله -: إذا هلك المال في يد القابض قبل أن يشتري شيئا، فعليه ضمان نصف المال.

وأبو يوسف اعتبر هذا شركة، إلا إذا اشترى بها، فحينئذ يجب عليه النصف ثمن ما اشترى.

ومحمد - رحمه الله - اعتبره قرضا في النصف، فإنه جعل له الربح والوضيعة، ولو جعل كل الربح له قرضا، وكذا النصف، في شركة القدوري.

ذكر في العيون: ثلاثة ليسوا [شركاء وتقبلوا][٣] عملاً من رجل، ثم جاء واحد وعمل ذلك العمل كله [فله ثلث الأجرة][٤] ولا شيء للآخرين، إلا أنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل واحد منهم ثلث العمل بثلث الأجر، فإذا عمل واحد

---

(١) في م: حصته.
(٢) زاد في أ: اشترى شيئا ثم.
(٣) في م: بشركاء يعملوا.
(٤) في أ: ثبت الأجر.

منهم الكل كان متطوعًا في الثلثين فلا يستحق الأجير [الأجر][(١)].

قال أحد المتفاوضين لصاحبه: أريد أن اشتري هذه الجارية لنفسي خاصة، فسكت شريكه فاشتراها لم يكن له [ذلك][(٢)]، حتى يقول شريكه: نعم، بخلاف ما إذا قال الرجل لغيره: اشتر لي جارية فلان، وقبل الوكيل الوكالة، ثم أتى الوكيل إلى الموكل وقال: إني أريد أن اشتري تلك الجارية لنفسي، فسكت الموكل ثم اشتراها الوكيل فإنه يصير مشتريًا لنفسه.

والفرق أن أحد المتفاوضين لا يملك تعيين[(٣)] موجب المفاوضة إلا برضا صاحبه، وفي الرضا[(٤)] احتمال، والوكيل بالشراء يملك عزل نفسه بعلم[(٥)] الموكل رضي الموكل به أو سخط، وقد وجد العلم.

إذا أقر أحد شريكي العنان أنه استقرض من فلان ألف درهم لتجارتهما لزمه خاصة لأن الاستقراض ليس [من تجارتهما][(٦)] فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه بالاستدانة عليه لزمه خاصة - أيضًا - حتى كان للمقرض أن يأخذ منه، وليس له أن يرجع على شريكه؛ لأن الاستقراض بطل فصار وجود الإذن والمعدوم[(٧)] بمنزلة، والله [سبحانه وتعالى][(٨)] أعلم [بالصواب وإليه المرجع والمآب، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم][(٩)].

تم الجزء المبارك من الذخيرة يوم الخميس المبارك خامس عشري شهر شعبان من شهور سنة ١١٤٣ من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام على يد كاتبه الفقير محمد المنشاوي الشافعي غفر الله له ولوالديه ولكل المسلمين أجمعين، آمين.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ، م.
(٣) في م: يعتبر.
(٤) في م: الرضاع.
(٥) في م: يعلم أن.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: والعدم.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.

كتاب الصيود[1]

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

[الفصل][2] الأول

في بيان ما يؤكل من الصيود[3] وما لا يؤكل

يجب أن يعلم أن الحيوانات على نوعين.

منها: ما لا دم له نحو الذباب[4] والزنبور[5] والسمك والجراد[6] وغير ذلك، ولا

---

(١) (٢) في م: الصيد.

(٣) سقط في م.

(٤) الصيود جمع صيد، وهو لغة: مصدر «صاد»، يصيد، صيدا، ويسمى المصيد صيدا، والجمع: «صيود». والمصيد: كل حيوان متوحش طبعا ممتنع عن الآدمي، مأكولا كان أو غير مأكول، لا يمكن أخذه إلا بحيلة، والاصطياد، والصيد: ما يصاد، وهو: الممتنع بقوائمه أو جناحيه.

ينظر: المغرب، مادة (صاد)، ص (٢٥٧، ٢٥٨)، طلبة الطلبة، ص (١٠٠).

وشرعا: اقتناص حيوان حلال متوحش طبعا غير مملوك، ولا يقدر عليه.

ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٥٠)، بدائع الصنائع (٢/ ١٩٥)، العناية شرح الهداية (٣/ ٦٧)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٧٦)، البحر الرائق (٣/ ٢٨).

يستدل على مشروعية الصيد بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب: ١ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [سورة المائدة: ٢]. والوجه من الآية: أن هذا أمر وارد بعد الحظر فيفيد الإباحة. فدلّ على مشروعية الصيد.

٢ - وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [سورة المائدة: ٩٦]. وهذه الآيات دالة دلالة واضحة على أنّ صيد البحر حلال، وأن الصيد حرام حالة الإحرام. فدلّ على مشروعيته لغير المحرم.

ومن السنة: ما روي أنّ النبي ﷺ، قال لعدي بن حاتم: «إن أرسلت كلبك وسميت فكل، وان أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه».

وانعقد الإجماع: على إباحة الاصطياد، والأكل من الصيد. والاصطياد مباح لقاصده بإجماع العلماء في غير حرم مكة والمدينة، لغير المحرم بالحج أو العمرة، ويؤكل الصيد إن كان مأكولا شرعا. ويكره الصيد للّهو، ويحرم إذا كان فيه ظلم للناس بالعدوان على مزارعهم وأموالهم. ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٥٠).

(٥) الذباب: اسم يطلق على كثير من الحشرات المجنحة منها الذبابة المنزلية وذبابة الخيل وذبابة الفاكهة وذبابة اللحم، والجمع: أذبة وذبان ويقال فلان ذباب إذا كثر التأذي به، وأصابه ذباب هذا الأمر، شره، و(الذبابة) واحدة الذباب، ومن كل شيء بقيته.

=

يحل تناول شيء منها إلا السمك والجراد، غير أن الجراد يحل مات بعلة أو بغير علة، والسمك إذا مات بغير علة يحل، وسيأتي ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفي فتاوى أهل سمرقند: ولا بأس بأكل دود الزنبور قبل أن ينفخ فيه الروح.

وما له دم نوعان: مستأنس، ومتوحش[1]، فالذي يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق هو الإبل والبقر والغنم والدجاج، وأما الحمار الأهلي، فلحمه حرام، وكذا لبنه وشحمه، واختلف المشايخ في الانتفاع بشحمه من غير وجه الأكل، وحرمه بعضهم قياسًا على الأكل، وأباحه بعضهم، هو الصحيح.

وأما الفرس فلحمه مكروه عند أبي حنيفة كراهة تنزيه عند بعض المشايخ، وكراهة تحريم عند بعضهم، هو الصحيح.

وعندهما: لا كراهة في لحمه.

وأما البغل، فعند أبي حنيفة: [لحمه][2] مكروه على كل حال.

وعندهما: كذلك؛ إن كان الفرس نزا على الأتان.

وإن كان الحمار نزا على الرمكة[3]، [فقد قيل: يكره][4]، وقد قيل: لا يكره.

= ينظر: حياة الحيوان (١/ ٤٨٨) المعجم الوسيط، مادة (ذبب) (١/ ٣٨٠)، مختار الصحاح (١/ ٢٢٦).

(٥) الزنبور: حشرة أليمة اللسع من الفصلية الزنبورية، ووأحدتها زنبارة والجمع زنابير. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١٣) المعجم الوجيز، ص (٢٩٢).

(٦) الجراد: فصيلة من الحشرات المستقيمات الأجنحة واحده جرادة، للذكر والأنثى، والجَرِيدُ الذي يُجرد عنه الخوص، الواحدة جَرِيدةٌ، ولا يسمى جريدا ما دام عليه الخوص وإنما يسمى سعفا، والجُرَادةُ بالضم ما قشر عن الشيء، والتَّجْرِيدُ التعرية من الثياب، والتَّجَرُّدُ التعري وتَجَّرَدَ للأمر أي جد فيه، وانجَرَدَ الثوب أي: انسحق؛ ولأن والجراد: معروف وهو اسم جنس والواحدة جَرَادةٌ الذكر والأنثى فيه سواء ونظيره البقرة والحمامة. و(الجرادة) ما قشر من الشيء.

ينظر: حياة الحيوان (١/ ٢٦٧)، المعجم الوسيط، مادة (جرد) (١/ ١١٥)، مختار الصحاح (١/ ١١٩).

(١) في م: مستوحش.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) الرمكة: الأنثى من البراذين، والجمع رماك. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٥١٣) والمصباح =

وأما السنور، والكلب، [فلحمهما][1] حرام أهليًّا كان أو وحشيًّا.

وأما المستوحش[2] فنوعان: صيد البر، وصيد البحر.

أما صيد البحر: فلا يحل تناول شيء منها إلا السمك.

وأما صيد البر، فالذي لا يؤكل منه كل ذي ناب من السباع[3]، وكل ذي مخلب من الطير، والمراد من الناب والمخلب: الناب الذي هو سلاح، [والمخلب الذي هو سلاح][4].

بيان الأول: الأسد[5]، والذئب[6]، والنمر[7]، والفهد[8]، والضبع[9]،

= المنير، ص (٩١).

(٤) في م: فقيل: مكروه.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في: المتوحش.

(٣) السباع: جمع (سبع)، والأنثى: سبعة؛ وهو: كل جارح من الحيوان، وسباع الوحش: ذوات الأنياب منها، وسباع الطير: ذوات المخالب منها. وقيل: السبع يقع على ما له ناب من السباع ويعدو على الناس والدواب فيفترسها مثل: الأسد والذئب والنمر والفهد وما أشبهها، والثعلب: وإن كان له ناب فإنه ليس بسبع؛ لأنه لا يعدو على صغار المواشي ولا ينيب في شيء من الحيوان، وكذلك الضبع لا تعد من السباع العادية ولذلك وردت السنة بإباحة لحمها وبأنها تجزى إذا أصيبت في الحرم أو أصابها المحرم. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١٧-١٨)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٢٤٠)، لسان العرب (٨/ ١٤٦)، العين، للفراهيدي (١/ ٣٤٤).

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) الأسد من جنس الفصيلة السنورية يشمل الذكر والأنثى، ويطلق على الأنثى: أسدة، وهو: من الوحوش الضارية. وله في العربية أسماء كثيرة، وداء الأسد: صنف من الجذام، وسمى بذلك لمشابهة وجه صاحبه وجه الأسد.
ينظر: حياة الحيوان (١/ ١٠-٢٠)، المعجم الوسيط، مادة (أسد) (١/ ١٧)، مختار الصحاح (١/ ١٦).

(٦) الذئب: كلب البر، والجمع: أذواب في القلة، وذئاب، وذؤبان في الكثرة. والأنثى ذئبة. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٤٩٨)، لسان العرب، مادة (ذأب) (١/ ٣٧٧).

(٧) النمر: حيوان مفترس أرقط من الفصيلة السنورية، ورتبته من اللواحم، والنمرة: أنثى النمر.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٤٩٥)، المعجم الوسيط، مادة (نمر) (٢/ ٩٥٤)، مختار الصحاح (١/ ٦٨٨).

(٨) الفهد: سبع من الفصيلة السنورية بين الكلب والنمر لكنه أصفر منه وهو: شديد الغضب =

والثعلب[١]، وما أشبه ذلك، وكرهوا أيضًا لحم الفيل والدب والقرد[٢]، والضبع، وكرهوا أيضًا [سباع الهوام[٣]، نحو اليربوع[٤]، وابن عرس[٥]، والسنجاب[٦]

= يضرب به المثل في كثرة النوم والاستغراق فيه.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٣٠٦-٣٠٧)، لسان العرب، مادة (فهد) (٣/ ٣٣٩)، المعجم الوسيط (٢/ ٧٠٤).

(٩) الضبع: من جنس السباع من الفصيلة الضبعية ورتبة اللواحم، وهو أكبر من الكلب وأقوى. والجمع: أضباع، والمذكر ضبعان، والأنثى: ضبعانة، والجمع: ضبعانات، وضباع، جمع للذكر والأنثى.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١١١-١١٢)، المعجم الوسيط، مادة (ضبع) (١/ ٥٣٣)، مختار الصحاح (١/ ٤٠٣).

(١) الثعلب: جنس لحيوانات مشهورة من الفصيلة الكلبية ويضرب به المثل في الاحتيال، والثعلبة: الثعلب، وعلة يتناثر بها الشعر. والثعلبان: الثعلب الذكر، والرجل الداهية.
ينظر: حياة الحيوان (١/ ٢٥٢-٢٥٣)، المعجم الوسيط، مادة (ثعلب) (١/ ٩٦)، مختار الصحاح (١/ ٩٠).

(٢) القرد: حيوان معروف بكسر القاف وسكون الراء، وجمعه قرود، وقد يجمع على قردة .
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٣٣٠-٣٣١)، المعجم الوسيط، مادة (قرد) (٢/ ٧٢٤)، مختار الصحاح (١/ ٥٦٠).

(٣) الهوام: من (هوم)، أي: نام نوما خفيفا وهز رأسه من النعاس وهو طائر صغير من طير الليل يألف المقابر والبومة وطائر يزعم العرب أنه يخرج من هامة.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٥٠٩)، المعجم الوسيط، مادة (هوم) (٢/ ٢٠٠٠)، لسان العرب (١٢/ ٦٢٤).

(٤) اليربوع: حيوان من الفصيلة اليربوعية صغير على هيئة الجرد الصغير وله ذنب طويل ينتهي بخصلة من الشعر وهو قصير اليدين طويل الرجلين.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٥٥٨) المعجم الوسيط، مادة (ربع).

(٥) ابن عرس: دويبة يجمع على بنات عِرْسٍ، وكذلك بن آوى وابن مخاض وابن لبون وابن ماء وتقول بنات آوى وبنات مخاض وبنات لبون وبنات ماء، وقد أعْرَسَ فلان أي اتخذ عُرْسا وأعرس بأهله بني بها وكذا إذا غشيها ولا تقل عَرَّسَ والعامة تقوله قلت قوله بنى بها هو أيضا مما تقوله العامة وهو خطأ كذا ذكره في ب ن ى والتَّعْرِيسُ نزول القوم في السفر من آخر الليل يقعون فيه وقعة للاستراحة ثم يرتحلون.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٢٣٢)، مختار الصحاح، مادة (عرس) (١/ ٤٦٧)، لسان العرب (٦/ ١٣٤).

(٦) السنجاب: حيوان أكبر من الجرذ له ذنب طويل كثيف الشعر يرفعه صعدا يضرب به المثل في خفة الصعود ولونه أزرق رمادي ومنه اللون السنجابي.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٤٧)، المعجم الوسيط، مادة (سنج) (١/ ٤٥٣).

والسنور[١]، والفيل[٢]، والزلق[٣]، وكرهوا أيضًا][٤] جميع الهوام التي سُكناها في الأرض نحو الفأرة[٥]، والوزغ[٦]، والقنفذ[٧]، وسام أبرص[٨]، والحيات[٩]،

---

(١) السنور: حيوان أليف من الفصيلة السنورية ورتبة اللواحم من خير مآكله الفأر ومنه أهلي وبري وهي سنورة والجمع: سنانير.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٤٨)، المعجم الوسيط، مادة (سنر) (١/ ٤٥٤)، مختار الصحاح (١/ ٣٢٦).

(٢) الفيل: حيوان ضخم الجسم من العواشب الثديية ذو خرطوم طويل يتناول به الأشياء كاليد وله نابان بارزان كبيران يتخذ منهما العاج.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٣٠٩)، المعجم الوسيط (٢/ ٣٣٢).

(٣) الزلق: من (زَلِقَ) زَلَقًا، وأَزْلَقَه هو والزَّلَقُ: المكان المَزْلَقة وأَرض مَزْلقة ومُزْلقة وزَلَقٌ وزَلِقٌ ومَزْلَق لا يثبت عليها قدم وكذلك الزَّلاقة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَتُصْبِحَ صَعِيدًا زَلَقًا﴾ [سورة الكهف آية: ٤٠] أَي: أَرْضًا مَلْساء لا نبات فيها أَو ملساء ليس بها شيء والزَّلَقُ العَجُزمن كل دابة.
ينظر: لسان العرب مادة (زلق) (١٠/ ١٤٤)، المعجم الوسيط (١/ ٣٩٨).

(٤) سقط في م.

(٥) الفأرة: من (فئر) المكان فأرا كثر فيه الفأر والطعام أو الشراب وقع فيه الفأر فهو فئر (الفأر) حيوان تنسب إليه الفصيلة الفأرية من رتبة القوارض وهو يشمل الجرذ والفأرة أي الكبير والصغير وتسهل الهمزة فيقال فار جمع فئران وفيران وفئرة وفأر الظهر لحمه ويكنى بقلة الفأر في البيت عن الفقر.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٢٧٠-٢٧١)، المعجم الوسيط، مادة (فأر) (٢/ ٦٧٠)، لسان العرب (٥/ ٤٢).

(٦) الوزغ من (وزغ) به (يزغ) وزغا رماه دفعة دفعة يقال: (أوزغ) به وزغ و(وزغ) الجنين صور في البطن فتبينت صورته وتحرك و(الوزغ) الرجل الضعيف وسام أبرص، جمع: (أوزاغو)، و(الوزغة) سام أبرص، للذكر والأنثى.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٥٤٤-٥٤٥)، المعجم الوسيط، مادة (وزع) (٢/ ٢٠٢٩).

(٧) القنفذ: من (قنفد)، والقُنْفُدُ لغة: في القُنْفُذِ حكاها كراع عن قطرب.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٣٦٠)، لسان العرب، مادة (قنفد) (٣/ ٣٦٩).

(٨) سام أبرص: (السام) كل ذي سم كالثعبان والجمع سوام، وسام أبرص، ضرب من الوزغ وتقول سوام دون أبرص أو برصة وأبارص دون سوام وهو: مضاف غير مركب ولا مصروف، وقيل هو من كِبارِ الوزَغ وهو مَعْرِفة إِلا أَنه تعريفُ جِنْس وهما اسمان جُعِلا اسمًا واحدًا إِن شئت أَعْرَبْتَ الأَول وأَضَفْتَه إِلى الثاني وإِن شِئْتَ بَنَيْت الأَولَ على الفتح وأَعْرَبت الثاني بإِعراب ما لا ينصرف.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١٦-١٧)، المعجم الوسيط، مادة (سم) (١/ ٤٥١)، لسان العرب (٧/ ٥).

وجميع هوام الأرض إلا الأرنب، فإنه يحل أكله.

وبيان الثاني: الصقر[١]، والبازي[٢]، والشاهين[٣]، والنسر[٤]، والعقاب[٥] وما أشبه ذلك، وأما العقعق[٦]، والسودانية[٧] وما أشبه ذلك مما لا مخلب له من الطير

---

(٩) الحيات جمع (حوى) وهي: من حوى الشيء حواية، استولى عليه وملكه، ويقال حوى الحية، رقاها فاستسلمت له والحية: تقال للذكر والأنثى، والهاء للإفراد كبطة ودجاجة على أنه قد روي عن العرب رأيت حَيًّا على حَيَّةٍ أي ذكرا على أنثى.
ينظر: حياة الحيوان (١/ ٣٨٧)، المعجم الوسيط، مادة (حوى) (١/ ٢١٠)، مختار الصحاح (١/ ١٦٧).

(١) الصقر: من جوارح الطير من الفصيلة الصقرية والجمع: أصقر وصقور، و(الصقرة) شدة وقع الشمس وحرها.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٨٩)، المعجم الوسيط، مادة (صقر) (١/ ٥١٨)، مختار الصحاح (١/ ٣٧٥).

(٢) البازي: من (بزي) بزا وبزاء خرج صدره ودخل بطنه فهو أبزى، والبازي: جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم تميل أجنحتها إلى القصر وتميل أرجلها وأذنابها إلى الطول ومن أنواعه الباشق والبيدق والجمع: بواز وبزاة.
ينظر: حياة الحيوان (١/ ١٥٧)، المعجم الوسيط، مادة (بزى) (١/ ٥٥)، مختار الصحاح (١/ ٧٣).

(٣) الشاهين: من (شهن) وهو: من سباع الطير ليس بعربي محض، والشاهين: طائر من جوارح الطير وسباعها من جنس الصقر، والجمع: شواهين وشياهين.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٦٦)، لسان العرب، مادة (شهن) (١٣/ ٢٤٣)، المعجم الوسيط (١/ ٤٩٨).

(٤) النسر: بفتح النون طائر وجمع القِلة أَنْسُرٌ، والكثير نُسُورٌ، يقال: النسر لا مِخلب له وإنما له ظُفر كظُفر الدجاجة والغُراب، ونَسْرٌ أيضا: صنم من أصنام نوح عليه السلام وقد تدخل عليه الألف واللام، وا
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٤٧٤)، مختار الصحاح مادة (نسر) (١/ ٦٨٨).

(٥) العقاب: طائر من كواسر الطير قوي المخالب مسرول له منقار قصير أعقف حاد البصر وفي المثل: (أبصر من عقاب) (لفظه مؤنث للذكر والأنثى) والجمع: أعقب وعقبان.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ١٧٢)، المعجم الوسيط، مادة (عقب) (٢/ ٦١٣).

(٦) العقعق، وهو غراب نحو الحمامة حجما، فيه بياض وسواد، وهو من الفصيلة الغرابية ورتبة الجواثم وهم صخاب له ذنب طويل ومنقار طويل والعرب تشاءم به.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٢٠٢)، المعجم الوسيط (٢/ ١٣٨).

(٧) السودانية: (السوداء) نقيض الأبيض، والعرب تسمي الأخضر الشديد الخضرة أسود لأنه يرى كذلك ويقال: هو أسود الكبد عدو، وهم سود الأكباد أعداء، والغنم سود البطون =

[لا بأس][١] بأكله.

وعن محمد في «الرقيات» أن العقعق: إذا كان يأكل الجيف[٢] يكره أكله، وإذا كان يلتقط الحب لا يكره أكله.

وفي «المنتقى»[٣] عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس بأكل العقعق؛ قال: لأنه يخلط الحب مع الجيف، وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجيف، وما له مخلب.

وأما الغراب الأبقع[٤] والأسود فهو أنواع ثلاثة: نوع [زرعي][٥] يلتقط الحب ولا يأكل الجيف، وإنه [لا يكره، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وهو][٦] مكروه، ونوع منه [يخلط الحب بالجيف][٧]؛ يأكل الحب مرة ويأكل الجيف أخرى، وإنه [غير][٨] مكروه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: [يكره][٩].

والفاختة[١٠] تؤكل، وكذلك الدبس[١١] وكذلك الخطاف[١٢].

= مهازيل ومن القلب حبته ومن السهام المبارك يتيمن به والجمع: سود وسودان.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٥٢)، المعجم الوسيط، مادة (سود) (١/ ٤٦١).

(١) سقط في م.

(٢) الجيف: من (جيف) والجِيفةُ معروفة، جُثَّةُ الميت، وقيل جثة الميت إذا أَنْتَنَتْ، الجِيفةُ جثة الميت إذا أراح تقول منه جيّف تجييفًا والجمع: جيَف، ثم أجْياف.
ينظر: لسان العرب، مادة (جيف) (٩/ ٣٧)، مختار الصحاح (١/ ١١٩).

(٣) زاد في م: عن أبي يوسف.

(٤) الغراب الأبقع: من (بقع) والبَقَعُ والبُقْعةُ، تَخالُفُ اللَّوْنِ، وقيل الأَبقع ما خالَط بياضَه لونٌ آخر، وغُراب أَبقع: فيه سواد وبياض، ومنهم من خص فقال: في صدره بياض.
ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٢٣٥)، لسان العرب، مادة (بقع) (٨/ ١١٧).

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) الفاختة: من (فخت) يقال: فخت فختا، صوتت، والإنسان تبختر في مشيه مثل الفاختة وفخت الشيء، قطعه يقال فخت رأسه بالسيف والسقف ثقبه، و(فخت) الفاختة مبالغة في فخت، والفاختة: ضرب من الحمام المطوق إذا مشى توسع في مشيه وباعد بين جناحيه وإبطيه وتمايل والجمع: فواخت و(الفخت) الفخ للصائد. =

وأما الخفاش[(١)]: فقد ذكر في بعض المواضع أنه لا يؤكل؛ لأن له نابًا، ويكره لحم الإبل الجلالة[(٢)] والعمل عليها وتلك حالها إلى أن تحبس أيامًا وتعتلف بعلف طيب.

والجلالة: التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط ويكون منتنًا، وإنما كره الاستعمال كيلا يتأذى الناس بروائحها، وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه لا يظهر ذلك في لحمه فلا بأس بأكل لحمه والعمل عليها.

ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - في النوادر: لو أن جديًا غذي بلبن خنزير فلا بأس بأكله؛ لأن ذلك[(٣)] لا يؤثر في لحمه ولا يتغير[(٤)] به، وعلى هذا لا بأس بأكل الدجاج وإن كان يقع على الجيف؛ لأنها تخلط فلا يتغير لحمها ولا ينتن، والحكم يدور على هذا المعنى.

وما ذكر في [هذا][(٥)] الكتاب: أن الدجاج يحبس، فذلك في الذي لا يأكل إلا الجيف، فأما الذي يأكل الجيف وغيره فالحبس فيه ليس بشرط.

ثم قال: يحبس أيامًا.

وقد اختلفت الروايات عن أصحابنا فيه: منهم من قال: ثلاثون يومًا، ومنهم من

= ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٢٦٧-٢٦٨)، المعجم الوسيط، مادة (فخت) (٢/ ٦٧٦)، لسان العرب (٢/ ٦٥).

(١١) الدبس: ضرب من الحمام. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٤٥٧) المعجم الوسيط (١/ ٥٦٢).

(١٢) الخطاف - بضم فتشديد - طائر أسود يقال له: زوار الهند، وهو من الطيور القواطع عريض المنقار دقيق الجناح طويله منتفش الذيل. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٤١١) المعجم الوسيط (١/ ٥٠٩).

(١) الخفاش: حيوان ثديي من رتبة الخفاشيات قادر على الطيران ولا يطير إلا في الليل. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٤١٤) المعجم الوسيط (١/ ٥١٢).

(٢) الجلالة: من الماشية التي تأكل الجلة والعذرة. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٢٨٣)، المعجم الوسيط (١/ ٢٧٣).

(٣) في أ: اللبن.

(٤) في أ: يعتبر.

(٥) سقط في م.

قال: عشرون يومًا، ومنهم من قال: عشرة أيام.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الإبل تحبس أربعون[1] يومًا، والبقر عشرون يومًا، والشاة عشرة، والدجاج ثلاثة، وهكذا روي عنهم في النوادر.

وروي عن أصحابنا رواية أخرى: في الإبل عشرون، وفي البقر عشرة، وفي الشاة ثلاثة، وفي الدجاج يوم.

وقال بعضهم: في كل ذلك ثلاثة أيام، والأصح أنها تحبس حتى[2] تزول عنها الرائحة المنتنة، وإليه أشار في الأصل حيث قال: حتى تزول عنه الرائحة الكريهة.

ثم ذكر في «الأصل» الأكل والعمل عليها ولم يذكر البيع.

وذكر في النوادر: ويكره بيعها [وهبتها ما دام تلك حالها.

وفي المنتقى: الناقة الجلالة والشاة والبعير إنما يكون جلالة إذا تغيرت وأنتنت فوجد منها رائحة منتنة فلا يشرب لبنها][3] ولا يؤكل لحمها، وأما الدجاجة فلا تكون جلالة؛ لأنه لا يتغير ولا ينتن.

وعن محمد - رحمه الله - في الجدي يغذى بلبن الحمار مرة أو مرتين: أنه لا يكره فإذا كبر، كره حتى يعلف مدة[4] ويحدث فيه مثل هذا السمن.

وروي: أنه لا يكره، وعلى قياس هذه المسألة يجب أن تكون مسألة الجدي غذي بلبن الخنزير على[5] الروايتين هنا.

وذكر الحسن في الشاة تشرب خمرًا، أو ما فيه بول، فإنه يكره ذبحها ساعتئذ حتى يحبس ثلاثة أيام، والله أعلم.

* * *

---

(١) في م: أربعين.
(٢) في م: إلى أن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بعده.
(٥) في م: وعلى.

الفصل الثاني
في بيان ما [يملك به الصيد][(١)] وما لا يملكه

يجب أن يعلم بأن الصيد إنما يملك بالأخذ، قال عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذ»[(٢)].

والأخذ نوعان: حقيقي، وحكمي.

فالحقيقي: ظاهر.

والحكمي: باستعمال ما هو موضوع للاصطياد؛ قصد به الاصطياد، أو لم يقصد، حتى إن من نصب شبكة، فتعقل[(٣)] بها صيد ملكه صاحب الشبكة؛ قصد الاصطياد، أو لم يقصد؛ لأن صاحب الشبكة صاد الصيد [بالشبكة][(٤)] من حيث الاعتبار؛ لأن الشبكة إنما نصبت لأجل الصيد؛ حتى لو نصبها للتجفيف فتعقل بها صيد لا يملكه؛ لأنه لم يصر آخذًا له بالشبكة اعتبارًا بما لو نصبها لغرض آخر.

أو باستعمال ما ليس بموضوع للاصطياد؛ إذا قصد به الاصطياد، حتى إن من نصب فسطاطًا وتعقل به صيد؛ إن قصد بنصب الفسطاط الصيد ملكه، وإن لم يقصد به الصيد لا يملكه.

ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في «المنتقى»: رجل هيأ موضعًا يخرج منه [الماء][(٥)] إلى أرض له ليصيد السمك في أرضه، فخرج الماء من ذلك الموضع إلى أرضه بسمك كثير، ثم ذهب الماء، وبقي السمك في أرضه، أو لم يذهب [الماء][(٦)]؛ إلا أنه قلَّ حتى صار السمك يؤخذ بغير صيد، فلا سبيل لأحد على هذا

---

(١) في م: يملكه.
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٣١٨)، وقال: غريب، وقال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/٢٥٦): لم أجد له أصلاً.
(٣) في م: فتعلق.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

السمك، وهو لرب الأرض، ومن أخذ منه شيئًا ضمنه، ولو كان الماء كثيرًا لا يقدر على السمك الذي فيه إلا بصيد فمن اصطاد منه شيئًا فهو له، ولو كان صاحب الأرض حفر بئرًا؛ لا يريد به الصيد، لا يصير آخذًا للسمك بوقوعه فيها؛ لا حقيقة ولا اعتبارًا، فيكون لمن أخذه.

وإذا هيأ موضعًا لذلك، ودخل فيه السمك وصار بحال يوخذ من غير صيد؛ صار آخذًا للسمك بدخوله فيه، وصار ملكًا له، فلا يكون لأحد عليه سبيل.

فيه[١] أيضا: لو أن صيدًا باض في أرض رجل، أو تكسر فيها، فجاء آخر وأخذه، فهو له؛ لأن صاحب الأرض لم يصر آخذًا له بأرضه، فيكون للآخذ، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيدًا من الصيد بحيث لا يقدر على أخذه، لو مد يده، وأما إذا كان صاحب الأرض قريبا من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده، فالصيد لصاحب الأرض؛ لأنه صار آخذًا له تقديرًا لتمكنه من الأخذ حقيقة إن لم يصر آخذًا له بأرضه، [فيكون للآخذ][٢].

وعلى هذا إذا حفر بئرًا، ولم يقصد به الاصطياد فوقع الصيد فيها، فجاء آخر وأخذه، إن دنا صاحب [البئر من][٣] الصيد بحيث لو مد يده يقدر على أخذه فهو لصاحب البئر [لما قلنا][٤].

وإذا دخل الصيد دار إنسان، وأغلق صاحب الدار الباب عليه، وصار بحال يقدر على أخذه من غير صيد، ذكر في «العيون»: أنه إن أراد إغلاق الباب للصيد، ملكه، وإن لم يرد لا يملكه حتى لو أخذه آخر؛ كان الصيد لصاحب الدار في الوجه الأول، وفي الوجه الثاني: يكون للآخذ.

وفي «المنتقى»: صيد دخل دار إنسان فلما رآه أغلق بابه، وصار الصيد بحال لا

---

(١) في م: و.
(٢) المثبت من المحيط.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في أ.

يقدر على الخروج، وصاحب الدار يقدر على الأخذ من غير اصطياد، فقد صار صاحب الدار آخذًا مالكًا له، ولو أغلق الباب، ولم يعلم به؛ لم يصر آخذًا مالكًا [له][(١)]، حتى لو خرج الصيد بعد ذلك في الفصل الأول، وأخذه غيره: لا يملكه، وفي الفصل الثاني: يملكه.

ثم لم يشترط في «المنتقى» إغلاق الباب لأجل الصيد كما شرط في العيون، فظن بعض مشايخنا أن رواية «المنتقى» بخلاف رواية «العيون» وليس كما ظنوا، فشرط إغلاق الباب للصيد، في «المنتقى» ثابت بدلالة، فإنه قال في «المنتقى»: فلما رآه أغلق الباب، وإغلاق الباب عند رؤية الصيد يكون لأجل الصيد ظاهرًا ولو غالبًا في الأصل.

ومن أخذ صيدًا، أو فراخ صيد من دار رجل، أو من أرض رجل، فهو للآخذ، إلا أن يحرزه[(٢)] صاحب الدار [على آخذه بالقبض عليه أو إغلاق الباب؛ ويصير بحالة بحيث يقدر صاحب الدار على أخذه من غير صيد، فحينئذٍ يكون لصاحب الدار][(٣)] دون الآخذ.

قال مشايخنا: وليس معنى قوله: (يقدر على أخذه من غير صيد) أنه[(٤)] لا يحتاج في أخذه إلى المعالجة، وإنما معناه: أنه يمكن أخذه بقليل المعالجة من غير شبكة، ولا سهم.

ومن مشايخنا من قال: إذا اتخذ دارًا، وشجرًا لتفرخ الطير فيها فالفرخ له.

وفي «المنتقى» أيضًا: رجل نصب حبالة، فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها، وانفلت فجاء آخر، وأخذ الصيد، فالصيد للآخذ، ولو جاء صاحب الحبال[(٥)]

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: يحرز
(٣) سقط في م.
(٤) في م: أن.
(٥) في م: الحبالة.

ليأخذه، فلما دنا منه بحيث يقدر على أخذه إن شاء، فاضطرب، وانفلت، فأخذه آخر، فهو لصاحب الحبالة.

والفرق: أن في الفصلين جميعًا صاحب الحبالة، وإن صار آخذًا للصيد، إلا أن في الفصل الأول: بطل الأخذ قبل تأكده، وفي الفصل الثاني: بطل بعد تأكده.

وكذلك صيد الكلب والبازي إذا انفلت، على هذا التفصيل.

وإذا رمى بالشست في الماء فتعلقت به سمكة، ثم انقطع الخيط في الماء قبل أن تخرج السمكة فأخذها آخر، فهي للآخذ، ولو رمى صاحب الشست السمكة خارج الماء في موضع يقدر على أخذها، فاضطربت ووقعت في الماء؛ وذهبت فأخذها آخر، فهي لصاحب الشست، وهو بناء على ما قلنا، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - مسألة الشست في «واقعاته».

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: رجل رمى صيدًا، فصرعه فغشي عليه ساعة من غير جرح، ثم ذهب عنه الغشية، فمضى أو كان طائرًا فطار، فرماه رجل آخر فصرعه وأخذه، فهو للآخر.

علل فقال: لأن الأول لم يأخذه حين صرعه، ولما ذهب عنه الغشية من الرمية الأولى عاد إلى حال الصيد، فقد أخذه الآخر، وهو صيد، وإن أخذه الأول في غشيته تلك، وأخذه الآخر، وهو على تلك الحالة قبل استقلاله وتحامله، فهو للأول منهما الذي رماه.

قال: لأنا لا ندري لعله لم يكن يستقل منها، وإن استقل قبل أن يأخذه الأول، فقد عاد إلى حاله قبل أن يرميه، وصار صيدًا فيكون لمن أخذه.

قال: وهو بمنزلة رجل نصب شبكة، فوقع فيها صيد، وصاحب الشبكة [غائب][1]، فانفلت الصيد منها، فرماه آخر، فهو للآخر، وإن كان صاحب الشبكة أخذه حين وقع في الشبكة، فهو لصاحب الشبكة.

---

(١) المثبت من المحيط.

فرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا رمى صيدًا، وجرحه جراحة لا يستطيع معها النهوض، فلبث كذلك ما شاء الله، وبرأ، ثم رماه آخر، فالصيد للأول.

وفي «الأصل»: إذا رمى صيدًا فصرعه، فابتدر رجل فأخذه، فالصيد للذي رماه؛ لأن الذي رماه لما صرعه صار آخذًا له، فصار ملكًا له، وهذا بخلاف رواية «المنتقى».

وفي «الأصل» أيضًا: لو رمى صيدًا فأصابه وأثخنه بحيث لا يستطيع حراكا فرماه آخر وقتله، فالصيد للأول، وإن كان يتحامل ويطير مع ما أصابه من السهم الأول، فرماه الثاني فقتله فهو للثاني؛ لأن في الفصل الأول صار آخذًا له، ولا كذلك في الفصل الثاني.

[ولو رمى رجلان صيدًا معًا، فأصابه سهم أحدهما مثل صاحبه وأثخنه، فأخرجه من أن يكون صيدًا، ثم أصابه سهم الآخر، فهو للذي أصابه سهمه أولًا، فالعبرة في حق الملك(١) لحالة الأصالة؛ لا لحالة الرمي](٢).

وذكر في «المنتقى» عن محمد: لو دخل ظبي دار رجل أو حائطه، أو دخل حمار وحشي دار رجل أو حائطه، فإن كان يؤخذ بغير صيد، فهو لرب الدار، وكذلك الحظيرة للسمك، وهذا الجواب يخالف جواب المسائل المتقدمة، المذكورة في «المنتقى» ويخالف جواب «الأصل».

وفي «الأصل»: لو أرسل كلبه على صيد، فاتبعه الكلب حتى أدخله في أرض رجل أو داره؛ كان لصاحب الكلب؛ لأن الكلب إنما يرسل للأخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده، وكذلك لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان، فهو له؛ لأنه لما أخرجه واضطره فقد أخذه.

---

(١) الملك لغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.
ينظر: القاموس المحيط (٣/ ٣٢٠)، لسان العرب (١٠/ ٤٩٢).

(٢) سقط في م، والمثبت من المحيط.

وفي القدوري عن أبي يوسف: رجل اصطاد طائرًا في دار رجل، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة، فهو للصائد؛ سواء اصطاده من الهواء، أو على الشجر؛ لأن الصيد إنما يملك بالاستيلاء والإحراز وحصوله على حائط دار رجل أو شجره ليس بإحراز. فيكون للآخذ، وإن اختلفا فقال رب الدار: كنت اصطدته قبلك أو ورثته[١]، وأنكر الصياد[٢]، فإن كان أخذه من الهواء فهو له؛ لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء، فقد اختلفا فيما لا يد لأحدهما عليه من قبل، فيكون القول قول صاحب اليد في الحال، وإن أخذه من حائطه أو من شجره، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن يده ثابتة على الشجرة والحائط[٣]، فقد أخذه من محل هو في يده؛ فكان القول قول صاحب الحائط والشجر من هذا الوجه، فإن اختلفا في أخذه من الهواء، أو من الجدار[٤]، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن ما في دار الإنسان فالظاهر أن يكون في يده؛ فيترجح جانبه بشهادة الظاهر له.

قال في «الأصل»: ومن اصطاد سمكة من نهر جار لرجل، لا يقدر على أخذ صيدها إلا بالاصطياد فهو للصائد، فإن كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء، وبقي السمك فهو لصاحب الأجمة؛ لأنه صار محرزًا له بما صنع، والسمك على اليبس لا يكون صيدًا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: من مشايخنا - رحمهم الله - من قال: إذا خرج الماء وليس قصده السمك، فهو للآخذ، وإن نضب عنه الماء، فإن كان قصده السمك ينظر؛ إن لم يمكن الأخذ إلا بصيد، فهو للآخذ، وإن أمكن

---

(١) في م: ربيته.
(٢) في م: الصائد.
(٣) الحائط: واحد الحيطان، يقال: حوّط كرمه تحويطا: بني حوله حائطا.. وأحاط بالأمر: أدركه من جميع نواحيه.
ينظر: مختار الصحاح، مادة (حوط) (١/ ١٦٧)، المعجم الوسيط (١/ ٢٠٧).
(٤) في م: الدار والشجر.

أخذه من غير صيد، فهو لصاحب الأجمة؛ لأن صاحب الأجمة صار آخذًا له.

وفي العيون: رجل اشترى سمكة في خيط مشدود في ماء فقبضها المشتري، ثم ناول الخيط البائع وقال: احفظها لي، فجاءت سمكة أخرى وابتلعت السمكة المشدودة فإن السمكة الجائية للبائع؛ لأنه هو الذي صادها ويخرج المشدودة من بطنها ويسلم إلى المشتري من غير خيار، وإن نقصها [الابتلاع؛ لأن هذا النقصان][1] حدث بعد القبض، حتى لو لم يقبضها المشتري وباقي المسألة على حالها يخير المشتري إذا نقصها الابتلاع. وإن كانت المشدودة ابتعلت الجائية فالسمكتان للمشتري.

❋ ❋ ❋

(١) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل:

في المنتقى»: داود بن رشد عن محمد: في نحل اتخذ كوارات في أرض رجل، فخرج منها عسل كثير، كان ذلك لصاحب الأرض، ولا سبيل لأحد على أخذه؛ قال: ولا يشبه هذا الصيد وبيضه، وأشار إلى المعنى: أن الصيد يجيء ويذهب، والبيض[(١)] يصير طائرًا، وإنما يشبه[(٢)] الطير في هذا النحل[(٣)] نفسه[(٤)]، ولو[(٥)] أخذ النحل [آخذ كانت له][(٦)]، فأما العسل، فلم يكن صيدًا قط، [ولا يصير صيدًا قط][(٧)].

وفيه أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله - وضع رجل كوارت النحل، فعسلت فيها، فالعسل لصاحب الكوارة. والله أعلم[(٨)].

* * *

---

(١) في المحيط: والبعض.
(٢) في م: شبه.
(٣) النحل حشرة من رتبة غشائيات الأجنحة من الفصيلة النحلية، وإنها تنسب لفصلية النحليات وهو حيوان ذو هيئة ظريفة وخلقة، وقال الدميري: سميت نحلاً لأن الله تعالى نحل الناس العسل الذي يخرج منها وكفاها شرفًا أن الله أوحى إليها. ينظر: حياة الحيوان (٢/ ٣٤٠).
(٤) في م: نفسها.
(٥) في المحيط: أو.
(٦) في م: كانت.
(٧) سقط في م.
(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٦١).

الفصل الثالث
في صيد الكلب والبازي

اعلم أن حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط:

أحدها: أن يكون ما يصطاد به معلما.

والثاني: أن يكون جارحا، حتى لو قتله من غير جرح لا يحل.

ذكره في الزيادات ومختصر عصام، وكذا إذا كسره من غير جرح لا يحل أكله، وأشار في الأصل إلى أنه يحل فإنه قال: أخذه وقتله، ولم يفصل بين ما إذا قتله جرحا أو خنقا.

من المشايخ من قال: ما ذكر[١] في الزيادات إشباع، وما ذكره في الأصل إيجاز.

ومنهم من قال: ما ذكر في الزيادات قول محمد، وما ذكر في الأصل قولهما، والفتوى على ما ذكر في الزيادات ومختصر عصام.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - في النوادر: أنه إذا كسر عضوا أو قتله لا بأس بأكله.

والثالث: الإرسال.

والرابع: التسمية إلا في السمك، فإنه لو أخذ السمكة من غير التسمية عامدا أو ناسيا، يحل تناوله.

والخامس: إمساكه على صاحبه.

والسادس: أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعا وحشيا.

والسابع: ألا يتوارى عن بصره، وإذا توارى لا يقعد عن طلبه حتى يجده، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أول كتاب الصيد.

وله شرائط أخرى منها: أن يكون المرسل ممن له ملة التوحيد دعوى واعتقادًا

---

(١) في م: ذكره.

كالمسلم، أو دعوى لا اعتقاد كالكتابي، أما من لم يكن له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقاد كالمجوسي، لا يثبت الحل إلا في السمك، فإن المجوسي إذا أخذ سمكة يحل تناولها.

ومنها: أن يكون حلالا في الحل. ومن الشرائط ألا يشارك الكلب كلب آخر غير معلم، أو معلم غير مرسل، حتى لو أرسل كلبه المعلم وشاركه في قتل الصيد كلب آخر غير معلم [يريد][(١)] أن يأخذ معه ويجرح معه، فإنه لا يؤكل، فإن رد الصيد عليه ولم يجرح هو معه، ورده عليه سبع فجرحه الكلب المعلم ومات من جرحه، ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه يكره أكله.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: لم يرد بهذه الكراهة التحريم.

وقال شمس الأئمة الحلواني: أراد بهذا التحريم، وهو الصحيح.

وإن رد الصيد عليه مجوسي حتى أخذه فلا بأس بأكله بخلاف ما لو مد المجوسي مع المسلم قوسًا ورمى إلى الصيد وأصابه، فإنه لا يحل أكله.

والبازي في هذا نظير الكلب، وإن كان غير المعلم اتبع المعلم واشتد[(٢)] عليه حتى ازداد طلبا وأخذ الصيد، لا بأس بأكله، وكذا في البازي.

ومن شرائطها: ألا يوجد من الكلب بعد الإرسال ترك ولا أكل حتى إذا وجد منه ذلك أو طال وقفته، لا يؤكل الصيد، فعلامة تعلم الكلب، ومن بمعناه الإمساك على المالك وترك الأكل، وأن يجيب إذا دعاه، وإذا أرسله على الصيد يصيد.

وكان أبو حنيفة - رحمه الله - لا يحد في ذلك [حدا ولا يوقت وقتا][(٣)]، وكان يقول: إذا كان معلمًا، فَكُلْ، وربما كان يقول: إذا غلب على ظن الصائد أنه معلم فهو معلم، وربما كان يقول: يرجع في ذلك إلى قول أهل العلم من الصيادين، فإن

(١) سقط في م.
(٢) في أ: واستدل.
(٣) سقط في أ.

قالوا: إنه صار معلمًا، فهو معلم.

وروى الحسن عنه: إذا ترك الأكل ثلاثًا فهو معلم، وهذا قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ثم في ظاهر روايتهما؛ لا يحل الثالث وإنما يحل الرابع، وروي عنهما أنه يحل الثالث.

وأما البازي ومن بمنعاه فترك الأكل في حقه ليس علامة تعلمه، وإنما علامة تعلمه أنه يجيب صاحبه إذا دعاه، حتى إن البازي ومن بمعناه إذا أكل من الصيد يؤكل صيده.

قال بعض مشايخنا في البازي: إذا أجاب صاحبه عند الدعوة إنما يكون معلما من غير أن يطمع في اللحم، فأما إذا كان لا يجيب إلا بطمع في اللحم لا يكون معلمًا، ومتى حكم بتعليم البازي ففر من صاحبه ولم يجبه إذا دعاه خرج من حكم المعلم ولا يحل صيده، وكذلك الكلب إذا أكل من الصيد خرج من حكم المعلم، وحرم ما عند صاحبه من صيوده من قبل ذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله-.

[وعندهما: لا يحرم][(١)] الصيود التي أخذها صاحبها، ولم يأكل منها قبل هذا إذا كان العهد قريبًا[(٢)]، فأما إذا كان العهد بعيدًا بأن مضى شهر أو نحوه، وقد قدد صاحبه هذه الصيود، لم يجز بلا خلاف.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: والأظهر أن الخلاف في الفصلين، وأجمعوا على أن ما لم يحرزه المالك من صيوده أنه يحرم؛ هكذا ذكر شمس الأئمة - رحمه الله-.

فالحاصل: أن أبا حنيفة - رحمه الله تعالى - يحكم بجهله مستندًا.

وهما يقولان: حكمنا بإباحة[(٣)] ما أحرز المالك من صيوده بنوع اجتهاد، فلو

---

(١) في م: لا يحل.
(٢) زاد في م: فأخذ تلك الصيود.
(٣) في أ: بأخذ.

نقضنا هذا الحكم لنقضناه باجتهاد مثله؛ لأن أكله من الصيد الذي أكل يحتمل أن يكون لجهله، وترك الأكل فيما مضى كان لشبعه لا لعلمه، ويحتمل أن أكله لشدة جوعه، أو لأنه نسي ذلك، وهذا لا يوجب جهله فيما مضى، فرجحنا ما يوجب الحرمة في المستقبل احتياطًا، ولكن لم ينقض ما حكمنا به من الإباحة فيما مضى بالاجتهاد الثاني، بخلاف ما لم يحرزه من الصيود؛ لأنا لم نحكم بإباحة ما لم يحرزه من كل وجه، فإنا إنما نحكم بالإباحة بعد خروجه من أن يكون صيدًا، وقبل الإحراز شيء من معنى الصيدية باق وهو أنه في المفازة.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: المقصود من إباحة الأكل الأكل، وإنه لم يوجد، وظهور اجتهاد آخر قبل حصول ما هو المقصود من الإباحة؛ كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء، فلو باع المالك مما قدد من صيوده فلا شك أن على قولهما: لا ينقض البيع فيه، فأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلاً.

قال: ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يعلم، وحد تعلمه ما ذكرت[1] في ابتداء الأمر على الخلاف، وكذلك هذا الخلاف في البازي إذا فر من صاحبه، فدعاه فلم يجبه؛ حتى حكم بكونه جاهلاً إذا أجاب صاحبه بعد ذلك ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما.

ولو شرب الكلب من دم الصيد يؤكل، وإن أخذ الرجل الصيد من الكلب، ثم وثب عليه الكلب، فانتهش[2] منه قطعة، أو رمى بها صاحبه إليه فأكلها، لم يفسده، وهو على تعلمه؛ لأنه انتهى موجب الإمساك لصاحبه بعد التسليم إليه، فالأكل بعد ذلك لا يدل على ذلك [في علم الاصطياد، ولو كان أكل قبل أن يأخذه صاحبه كرهت أكله لما مر.

(١) في م: ذكرنا.
(٢) في أ، م: فانتهب.

ولو اتبع الكلب الصيد][1] فانتهش بعدما أخذ الصيد وقتله فأخذه صاحبه منه، فإنه يؤكل؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره، فإذا أكل ما بان منه أولى، وإذا أرسل كلبه أو بازيه على صيد فأخذه غيره حل؛ لأن التعيين في الاصطياد ليس في وسعه، وكذلك لو أرسل على صيد كثير، وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، وقتل الكل، حل الكل وكفاه تسمية واحدة في حق الكل، وكذلك الحكم في البازي، وهذا كله ما دام الكلب على فور إرساله، فإذا انحرف يمينًا أو شمالًا ثم أخذ صيدًا، فإنه لا يحل أكله؛ لأن هذا الأخذ حصل بغير إرسال؛ لأنه أرسله قبل المشرق [وهو قد ذهب قبل المغرب][2].

وإذا أرسل الكلب على صيد فأخطأه ثم عرض له صيد آخر فقتله، يؤكل، وإن أكل الصيد حين فاته رجع فعرض له صيد آخر في رجوعه، لا يؤكل؛ لأن الرجوع بعض الإرسال، والإرسال شرط حل الأكل، وإذا كمن الفهد في إرساله حتى استمكن[3] من الصيد، ثم وثب عليه وقتله، لم يحرم أكله، وكذلك الكلب إذا فعل مثل هذا؛ لأن قصده من هذا: التمكن من الصيد، وهذه عادة ظاهرة في حق الفهد والكلب، فلا ينقطع به حكم الإرسال، وإذا أرسل بازيه المعلم فوقع على شيء، أي: جلس، ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله[4].

وتأويله: إذا مكث ساعة للكمن حتى لا ينقطع به فور الإرسال؛ أما إذا مكث زمانًا طويلًا يكون للاستراحة بحيث ينقطع به فور الإرسال؛ لا يؤكل.

بازي معلم أخذ صيدًا وقتله ولا يدري أنه مرسل أو ليس بمرسل، ذكر في الأصل: أنه لا يحل أكله؛ لأن الإرسال شرط ولم يقطع بوجوده. والله أعلم.

---

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: فقتله ولم يأكل منه شيئا لم يؤكل لأن الأكل منه قد وجد في حالة الاصطياد فلم يكن ممسكا على المالك ولو أكل ما.
(٢) في م: فور الإرسال.
(٣) في أ: استمسك.
(٤) زاد في م: هكذا في الأصل قالوا.

الفصل الرابع

في الرجل يسمع حسًّا فيرميه [ثم تبين خلافه](١)

إذا سمع الرجل حسًّا ظن أنه صيد، فأرسل كلبه عليه، أو رماه، فأصاب صيدًا، فإن كان ذلك الحس حس صيد، فلا بأس بتناول ما أصاب؛ يستوي فيه أن يكون الذي سمع حسه مأكول اللحم، [أو غير مأكول اللحم](٢)، وإن كان ذلك الحس حس إنسان، أو حس حيوان من الأهليات؛ لا يحل تناول ما أصابه؛ لأنه رمى إلى الحس، والرمي إلى الآدمي والأهليات لا يكون اصطيادًا، وحل الصيود يتوقف على الاصطياد، وإن لم يتبين ما كان ذلك الحس لا يحل تناول ما أصاب.

وفي «النوادر»: إذا رمى طائرًا، فأصاب طائرًا آخر، وذهب ذلك الطير، ولا يدري أنه إن كان أهليًّا أو وحشيًّا، فإنه يحل تناول الطير الذي أصابه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه إذا كان ذلك الحس حس خنزير، لا يحل تناول ما أصابه؛ بخلاف سائر السباع؛ [لأن فعله في الخنزير، لا يؤثر شرعًا في جلده، فلا يؤثر فيما أصابه أيضًا؛ بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله في سائر السباع](٣) يؤثر في طهارة الجلد، فجاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه، وإن كان ذلك الحس حس سمكة، فظنه طير الماء، أو كان ذلك الحس حس جراد فظنه صيدًا، لم يؤكل؛ لأنه لا يقع عليهما الذكاة، فالرمي إليها وتركه سواء.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه يؤكل؛ لأن المرمي إليه صيد.

وفي «المنتقى»: إذا سمع حسًّا بالليل، وظن أنه إنسان، أو دابة، أو حية فرماه، فإذا ذلك الذي سمع حسه صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه، أو أصاب صيدًا آخر فقتله، لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد.

---

(١) سقط في م.
(٢) المثبت من المحيط.
(٣) سقط في م.

قال ثمة: لا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يريد أن يرميه وهو يريد الصيد، وأن يكون ذلك الذي أراده أو سمع حسه، ورمى إليه صيدًا؛ سواء كان مما يؤكل أو لا يؤكل.

وذكر بعد هذه المسألة في «المنتقى» أيضًا: لو سمع حسًّا، وظنه آدميًّا، فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد، أكل؛ لأن تعيينه في الرمي إليه يسقط بحكم قصده، فصار كما لو قصد إلى المحسوس.

ولو نظر [إلى بعير ناد][١] ورماه فأصاب صيدًا، [يؤكل، وكذلك إذا سمع حسه ورماه وهو يظن أنه صيد، فأصاب صيدًا][٢]، ولو نظر إلى ظبي مربوط أو إلف شبيه بصيد فرماه، وهو يظن أنه صيد، وأصاب ظبيًا آخر، لم يؤكل، ولو رماه، فأصاب غيره، وقد ذهب المرمي إليه، ولا يدري إلفًا كان، أو غير إلف، فلا بأس بأكل الصيد الذي أصابه؛ لأن الظبي صيد حتى يعلم أنه غير صيد، وأما البعير إذا رماه، وهو يظن أنه ناد فأصاب صيدًا، ثم ذهب البعير، ولا يدري أنه ناد، أو غير ناد، لم يؤكل؛ لأن البعير غير نادٍ في الأصل، فيبقى[٣] على الأصل حتى يعلم خلافه[٤].

❋ ❋ ❋

(١) المثبت من المحيط.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: فيحمل.
(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٧٢)، البحر الرائق (٨/ ٢٥٤).

الفصل الخامس
في الإنسي إذا توحش

الأصل في هذا: أن الإنسي إذا توحش، ووقع العجز عن الذكاة الاختيارية يحل بذكاة الاضطرار، وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ[١].

قال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - في البعير، أو البقرة إذا ندا، فلا يقدر على أخذه.

قال: إذا علم أنه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع لذلك جماعة كثيرة من الناس، فله أن يرميه، وهذا على ما يقع في نفس صاحبه، ويستوي في ذلك أن يكون الند في المصر، أو خارج المصر.

قال: وأما الشاة فليست هكذا؛ إذا كانت في المصر.

قال: لأن البعير يصول، والبقر تنطح، فأما الشاة فليست كذلك، أشار إلى أن في الشاة القدرة على الذكاة الاختيارية ثابتة بحكم الغلبة ما دامت في المصر.

قال: وإذا كانت الشاة ندت في الصحراء، فذهبت، وظن صاحبها أنه لا يقدر عليها، فله أن يرميها.

وفي «القدوري»: وكل بعير، أو بقرة، أو شاة ندت وصارت كالصيد لا يقدر عليها صاحبها، فإن ذكاتها ذكاة الصيد، سوى بين البعير والبقرة والشاة، والصحيح هو الفرق.

دجاجة رجل تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماها، قال: إن كان يخاف فوتها، تؤكل.

قال: وإن كان لا يخاف فوتها، لا تؤكل.

وفيه أيضًا: رجل له حمامة طارت منه، فرماها صاحبها أو غيره، فإن كانت لا

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٧٢).

تهتدي إلى منزلها، حل أكلها، أصابت الرمية مذبحها، أو موضعًا آخر، [وإن كانت تهتدي إن أصابت الرمية المذبح، حل أكلها، وإن أصابت موضعًا آخر][١] اختلف المشايخ فيه.

ونص محمد - رحمه الله - في «العيون»: أنه لا يحل أكلها، وهكذا ذكر في «فتاوى سمرقند»[٢].

وكذا ذكر «البقالي في فتاويه».

وعلى هذا الظبي؛ إذا علم في البيت فخرج إلى الصحراء، فرماه رجل، فإن أصاب المذبح يحل أكله، وإن أصاب موضعًا آخر؛ لا يحل أكله إلا أن يتوحش، ولا يؤخذ إلا بصيد، وإن أصاب الظلف أو القرن فقتله حل إذا رماه، وخلصت الرمية إلى اللحم، وكذلك المتردي في البئر إذا لم يقدر على إخراجه، وعلى مذبحه، فإن ذكاته ذكاة الصيد.

وفي «المنتقى»: بعير تردى في بئر فوجأه وجأة يعلم أنه لا يموت منها؛ فمات، لا يؤكل، وإن كان مشكلًا أكل.

وفيه أيضًا: رجل حمل عليه بعير غيره ليقتله فقتله، أكل لحمه؛ إن كان لا يقدر على أخذه، وأراد بذلك ذكاته، [لا يؤكل][٣]، وجعل الصائل بمنزلة الند[٤].

وفي «النوازل»: بقرة يتعسر عليها الولادة، فأدخل صاحبها يده وذبح الولد؛ حل أكله، وإن جرحه في غير موضع الذبح، إن كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضًا، وإن كان يقدر لا يحل، والله أعلم.

* * *

---

(١) سقط في أ، م.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٧٣).
(٣) في م: وإن لم يرد بذلك ذكاته.
(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٧٣).

الفصل السادس
فيما أبين من الصيد

إذا قطع من إلية الشاة قطعة، أو من فخذها لا يحل أكل المبان، قال رسول الله عليه السلام: «ما أبين من الحي، فهو ميتة»[١].

ثم الأصل في ذلك: أن الصيد إذا[٢] كان يعيش بدون المبان فالمبان منه يؤكل؛ إذا مات من ضربه ورضه[٣]، والمبان منه لا يؤكل، وإن كان الصيد لا يعيش بدون المبان [يؤكل المبان منه، والمبان][٤] جميعًا.

مثال[٥] الأول: إذا قطع فخذه فأبانه، **ومثال الثاني**: إذا قطع الرأس.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢١٨)، والدارمي (٢/ ٩٣) كتاب الصيد، باب: في الصيد يبين منه العضو، وأبو داود (٣/ ٢٧٧) باب: صيد قطع منه قطعة، الحديث (٢٨٥٨)، والترمذي (٤/ ٧٤) كتاب الأطعمة، باب: ما قطع من الحى فهو ميت، الحديث (١٤٨٠)، وابن الجارود، ص (٢٩٥) كتاب الأطعمة، الحديث (٨٧٦)، والدارقطني (٤/ ٢٩٢) كتاب الأطعمة، الحديث (٨٣)، الحاكم (٤/ ٢٣٩) كتاب الذبائح، والبيهقي (٩/ ٢٤٥) كتاب الصيد والذبائح، باب: ما قطع من الحى فهو ميتة، كلهم من حديث عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار، عن زيد بن أسلم، عن عطاء، عن أبي واقد الليثي قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة وبها ناس يعمدون إلى الغنم وأسنمة الإبل فيجبونها؛ فقال رسول الله ﷺ: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». وقال الترمذي: وهذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم، والعمل على هذا عند أهل العلم. وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. ووافقه الذهبي. وقد اختلف فيه على زيد بن أسلم: فرواه سليمان بن بلال عن زيد عن عطاء عن أبي سعيد الخدري: أخرجه الحاكم (٤/ ٢٣٩) وقال: صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبي. ورواه هشام بن سعيد عن زيد بن أسلم عن ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٧٢) رقم (٣٢١٦)، والدارقطني (٤/ ٢٩٢).

وفي الباب: عن تميم الداري، أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٧٣) كتاب الصيد، باب: ما قطع من البهيمة وهي حية، الحديث (٣٢١٧): ثنا هشام بن عمار، ثنا إسماعيل بن عياش، ثنا أبو بكر الهذلي، عن شهر بن حوشب، عن تميم الداري قال: قال رسول الله ﷺ: «يكون في آخر الزمان قوم يجبون أسنمة الإبل ويقطعون أذناب الغنم، ألا فما قطع من حي فهو ميت». قال البوصيري في الزوائد (٣/ ٦٣): هذا إسناد ضعيف؛ لضعف أبي بكر الهذلي السُّلمي. قلت: وشهر بن حوشب فيه ضعف.

(٢) في م: إن.

(٣) في م: ورميه.

(٤) ما بين المعقوفين في م: والمبان منه.

(٥) في م: فقال.

وهذا؛ لأنا إنما عرفنا حرمة المبان بالحديث الذي روينا، والحديث يتناول المبان من الحي المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، فيتناول الحي صورة ومعنى، فلا يحل، وإذا كان لا يعيش بدون المبان، فهذا مبان من الحي صورة [ومعنى، فلا يخلو][(١)] من الميت معنى فيحل. وإن قطع شيئًا منه من موضع يتوهم أن يعيش الصيد بدون ذلك المقطوع، إلا أنه لم يبنه، فإن كانت الإبانة على وجه لا يحتمل الالتئام والاندمال بأن تعلق المبان بجلدة كان ذلك بمنزلة ما قد بان [منه][(٢)]؛ فلا يحل تناوله، وإن كانت الإبانة على وجه يحتمل الاندمال ويؤكل كله، وإذا قطع بعض [السمكة وأبانه، و][(٣)] يحل تناول المبان، وإن كانت السمكة تعيش بدون ذلك، أكثر[(٤)] ما في الباب أنه مبان من الحي صورة ومعنى [فيكون ميتًا ففيه الحديث][(٥)]، إلا أن هذا الميت حلال بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام: «أحلت لنا ميتتان»[(٦)] [والله أعلم][(٧)].

---

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: السمك وأنه.

(٤) في م: لأن البر.

(٥) في م: قصة للحديث.

(٦) أخرجه الشافعي في مسند (٢/ ١٧٣) كتاب الصيد، والذبائح، الحديث (٦٠٧)، وأحمد (٢/ ٩٧)، وابن ماجه (٢/ ١١٠٢) كتاب الأطعمة، باب: الكبد والطحال، الحديث (٣٣١٤)، والدارقطني (٤/ ٢٧٢) باب: الصيد والذبائح والأطعمة، الحديث (٢٥)، والبيهقي (١/ ٢٥٤) كتاب الطهارة، باب: الحوت يموت في الماء والجراد، وعبد بن حميد في «المنتخب»، ص (٢٦٠)، رقم (٨٢٠)، والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٣٩)، كلهم من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر مرفوعًا. قال البوصيري في «الزوائد»: هذا إسناد فيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف. وأخرجه ابن حبان في «المجروحين» (٢/ ٥٨) وأعله بعبد الرحمن، وقال كان ممن يقلب الأخبار وهو لا يعلم حتى كثر ذلك في روايته من رفع المراسيل وإسناد الموقوف فاستحق الترك. وقال: حدثنا أحمد بن المثنى أبو يعلى قال سمعت يحيى بن معين يقول: عبد الرحمن، وأسامة، وعبد الله، بنو زيد بن أسلم ليسوا بشيء. وهذا فيه نظر فإن عبد الله وثقه أحمد بن حنبل. وقد أسند ابن حبان في المجروحين (٢/ ٥٨)، عن أحمد بن حنبل قال: عبد الله لا بأس به. وأسند ابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٨٥) عن أحمد أنه قال: ثقة وقد أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٢) من طريق مطرف عن عبد الله بن زيد به، وأخرجه البيهقي (١/ ٢٥٤) من طريق ابن أبي أويس قال: ثنا عبد الرحمن، وأسامة، وعبد الله، بنو زيد بن أسلم، عن أبيهم به. =

. . . .

* * *

= وقال: أولاد زيد بن أسلم كلهم ضعفاء جرحهم يحيى بن معين وكان أحمد بن حنبل وعلي بن المديني يوثقان عبد الله بن زيد إلا أن الصحيح من هذا الحديث الأول يعني الموقوف الذي خرجه من طريق ابن وهب عن سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن ابن عمر موقوفًا. وقال هو في معنى المسند. قال ابن التركماني في «الجوهر النقي» (١/ ٢٥٤): بل رواه يحيى بن حسان عن سليمان بن بلال مرفوعًا كذا قال ابن عدي في الكامل اهـ. قلت: وهو ثقة. وثقه أحمد، والنسائي، والعجلي، وابن حبان، والبزار، وابن يونس. وقال أبو حاتم: صالح الحديث. ينظر: التهذيب (١١/ ١٩٧). إلا أن أبا زرعة رجح الموقوف فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ١٧) رقم (١٥٢٤): سئل أبو زرعة عن حديث رواه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان». ورواه عبد الله بن نافع، عن أسامة بن زيد عن أبيه، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ ورواه القعنبي، عن أسامة وعبد الله بن زيد، عن أبيهما، عن ابن عمر موقوفًا. قال أبو زرعة: الموقوف أصح.

وكذا صحح الموقوف أبو حاتم كما في «تلخيص الحبير» (١/ ٢٦) وقد توبع بنو زيد بن أسلم على رفع الحديث. تابعهم أبو هشام الأيلي عند ابن مردويه في «تفسيره» كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٠٢) فقال: وله طريق آخر قال ابن مردويه في «تفسيره»، ثنا عبد الباقي بن قانع، ثنا محمد بن بشر بن مطر، ثنا داود بن راشد ثنا سويد بن عبد العزيز، ثنا أبو هشام الأيلي، عن زيد بن أسلم، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «يحل من الميتة اثنان، ومن الدم اثنان»: فأما الميتة فالسمك والجراد، وأما الدم فالكبد والطحال. وسكت عنه الزيلعي فلم يبين علته. قال الحافظ في «التلخيص» (١/ ٢٦): تابعهم شخص أضعف منهم، وهو أبو هشام كثير بن عبد الله الأيلي. أخرجه ابن مردويه في تفسيره. وكثير قال البخاري ومسلم: منكر الحديث وقال النسائي والدارقطني: متروك. ينظر: التاريخ الكبير (٧/ ٩٥٠)، والضعفاء الصغير، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، حلب، ط (١)، ١٣٩٦ هـ (٣٠٦)، والكنى والأسماء، لمسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري أبي الحسين، تحقيق: عبد الرحيم محمد أحمد القشقري، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤٠٤هـ (٢/ ٨٧٥)، والضعفاء والمتروكون، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، حلب، ط(١)، ١٣٩٦هـ، ص (٥٣١)، والضعفاء والمتروكين، للدارقطني، نشر مؤسسة الرسالة، بيروت (٤٤٥).

وقال الحافظ: الرواية الموقوفة التي صححها أبو حاتم، وغيره، هي في حكم المرفوع لأن قول الصحابي أحل لنا وحرم علينا كذا مثل قوله: «أمرنا بكذا ونهينا عن كذا فيحصل الاستدلال بهذه الرواية لأنها في معنى المرفوع».

(٧) سقط في م.

الفصل السابع

في بيان ما يقبل الذكاة[(١)] من الحيوان وما لا يقبل

الصيد إذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يبقي في المذبوح بعد الذبح هل يقبل الذكاة؟

يجب أن يعلم أن الكلام في أربعة مواضع:

في المذبوح بعد الذبح.

ثم أخذه المالك[(٢)].

والثالث: الكلب المعلم المرسل إذا جرح الصيد وبقي فيه من الحياة ما يبقى في المذبوح فأخذه المالك.

الرابع: إذا رمى صيدًا فأصاب وبقي فيه من الحياة ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، فرماه آخر وقتله.

ففي الموضع الأول والثاني: عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا يقبل الذكاة، حتى لو ذكاها لا يحل.

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

ونص القاضي الإمام الأسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي: أنها تقبل، حتى لو ذكاها يحل، ذكره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في مختلف الرواية.

وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي.

وعليه اختصار الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من صيد واقعاته.

وذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب الصيد أنه لا يقبل الذكاة حتى لو ذبحها لا

---

(١) الذكاة لغة: الذبح أو النحر، وهي مشتقة من الحدة. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣١٤)، المصباح المنير، ص (٨٠)، مختار الصحاح، ص (٩٣).

والذكاة اصطلاحا: حدة مسرعة إلى الموت تطهر الحيوان عن الدماء المسفوحة والرطوبات السائلة النجسة. ينظر: البحر الرائق (٨/ ١٩٠)، تبيين الحقائق (٥/ ٢٨٦).

(٢) في م: الماء.

يحل أكله على قول أبي حنيفة - رحمه الله-.

وذكر محمد - رحمه الله - مسألة الشاة إذا قطع الذئب بطنها في السير الكبير على سبيل الاستشهاد، وذكر: إن كان [الباقي فيها من الحيوان مقدار ما يبقى في المذبوح فذبحها المالك لا يحل أكلها؛ لأنه ذبحها وهي ميتة حكمًا، وإن كان][(١)] الباقي فيها من الحياة أكثر من ذلك بأن كان يعيش يومًا أو يومين أو ما أشبه ذلك فذبحها المالك حل أكلها؛ لأنه ذبحها وهي حية حقيقة.

بعض المشايخ ذكر في شرح السير: أن ما ذكر محمد - رحمه الله - قوله.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا ذبحها المالك يحل على كل حال؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: إذا كان يعيش أكثر اليوم أو أكثر الليلة فذبحها المالك يحل وما لا فلا، فكأن أبو يوسف - رحمه الله - قدر الكثير من الحياة بأكثر من اليوم والليلة؛ لأن هذا القدر من الحياة لا يمتد في المذبوح بعد الذبح.

فالحاصل: أن الحياة لها عبرة عند أبي حنيفة - رحمه الله-.

وإن قلت: أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - اتفقا أن قليل الحياة لا عبرة لها، وقدرا القليل بما يبقى في المذبوح، واتفقا أيضًا أن كثرة[(٢)] الحياة لها عبرة، بعد ذلك اختلفا فيما بينهما، فأبو يوسف قدر الكثير بأكثر اليوم والليلة، ومحمد قدره بيوم، هذه الجملة من شرح السير.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أنه قدر القليل باليوم، والكثير بما زاد على اليوم، [حتى][(٣)] إن على هذه الرواية: لو كان يعيش يومًا فذكاها المالك لا

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: كثيرة.
(٣) سقط في م.

يحل.

وفي الموضع الثالث والرابع: إذا كان الباقي من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح، ذكر الصدر الشهيد أنه لا يقبل الذكاة بالإجماع حتى لو أخذه المالك كذلك ولم يذك، حل، ولم يذكر ما إذا كان الباقي من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح.

وفي موضع آخر: أن على قول محمد - رحمه الله -: [إن كان يعيش يومًا يقبل الذكاة، حتى][1] لو لم يذبحها، [لا يحل، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: ولم يذبحها][2] المالك، يحل، وهذا إنما يتأتى على قول أبي يوسف في الرواية الثانية.

وذكر في الموضع الرابع في شرح السير، وذكر أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لو لم يذبحها المالك، لا يحل أكلها، قلت حياتها أو كثرت.

وعلى قول محمد: إن كان الباقي مقدار ما يبقى في المذبوح فلم يذبحها المالك، يحل، وإن كان أكثر من ذلك، لا يحل.

قال في الأصل: وما أدرك حياته من المتردية والنطيحة، وما أكل السبع ونظائرها من المرمي إليه السهم وما أشبه ذلك، فإن كان بحال يتوهم أن يعيش، تقبل الذكاة بالإجماع، وإن كان لا يتوهم أن يعيش ولكن فيها من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح بأن كان يبقى يومًا أو ما أشبه ذلك، فعلى قول أبي يوسف: لا يقبل الذكاة.

وعلى قول محمد: يقبل.

هكذا ذكر شيخ الإسلام الخلاف في باب المتردي على هذا الوجه.

وهذا الجواب على قول أبي يوسف - رحمه الله - إنما يستقيم على الرواية الثانية

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

التي روينا عنه في المسألة المتقدمة، [وإن كان الباقي من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فقدمنا حكمه في المسألة المتقدمة][١].

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل شق بطن شاة وأخرج ولدها وذبح الولد ثم ذبح الشاة، فإن كانت الشاة لا تعيش من الشق، لا تحل؛ لأن الذكاة الشق، وإنه لا يصلح ذكاة.

على قياس ما تقدم: يجب أن يكون الوجه الأول على التفصيل والاختلاف على مر فيما تقدم، [والله أعلم][٢].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

الفصل الثامن

في مسائل الرمي، وفي اجتماع الرميين على صيد واحد وفي اجتماع الكلبين والبازين على صيد واحد

يجب أن يعلم: أن من رمى صيدًا بسهم فالعبرة في حق المالك لوقت الإصابة، وفي حق الحل لوقت الرمي، هذا هو المذكور في عامة الكتب، أما في حق الملك؛ فلأن الملك في الصيد إنما يثبت بالأخذ، والأخذ بالإصابة لا بمجرد الرمي؛ لأن معنى الصيدية إنما يبطل بالإصابة لا بمجرد الرمي، وأما في حق الحل؛ فلأن الحل يتعلق بالذكاة والذكاة فعل، وفعل الرامي الرمي دون الإصابة.

ولهذا قلنا: المسلم إذا رمى سهمًا إلى صيد ثم ارتد والعياذ بالله، ثم أصابه السهم، حل تناوله، والمرتد إذا رمى ثم أسلم ثم أصابه السهم، لا يحل تناوله، فهذا يبين لك أن العبرة بحالة الرمي.

ورأيت في بعض الكتب: أن العبرة [في الحل][1] بحالة الرمي، إلا في مسألة واحدة ذكرها في باب الصيد في الحرم وصورتها:

الحلال [إذا رمى صيدًا، والرمي][2] والصيد في الحل، فدخل الصيد في الحرم والسهم على إثره فأصابه السهم في الحرم ومات في الحل أو[3] الحرم، لا يحل تناوله، فقد اعتبر حالة الإصابة.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل رمى صيدا بمعراض أو ببندقة أو بحجر فأصاب جناح الصيد وكسره ولكن لم يجرحه، فأقبل الصيد يهوي ليقع على الأرض، فرمى آخر ببندقة أو معراض أو حجر فكسر الجناح الأول ثم وقع الصيد على الأرض فلم يذكه حتى مات، فالصيد للأول ولا يحل تناوله، أما الصيد الأول؛

---

(١) سقط في م.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: والرامي.
(٣) في م: إذ في.

فلأنه صار آخذًا له فإنه أبطل معنى الصيدية فيه لما كسر جناحه، وإنما لا يحل تناوله؛ لأنه لا يخلو: إما [أنه لم][١] يجرحه أحدهما، ففي هذا الوجه: وجه عدم الحل ظاهر؛ لأن الذكاة شرط حل تناول الحيوان، والذكاة لا تتحقق إلا بالجرح وهو الذبح في المذبح حالة الاختيار، والجرح في أي موضع كان حالة الاضطرار على ما يأتي بيانه في كتاب الذبائح إن شاء الله تعالى.

وأما إذا جرحاه؛ فلأن الأول[٢] وقع مبيحًا [بوقوعه جارحًا][٣] ولإصابته إياه حال كونه صيدًا، والثاني وقع محرمًا لوقوعه ذكاة اضطرارية حالة الاختيار، فقد اجتمع المبيح مع المحرم في صيد واحد فيغلب المحرم.

وأما إن جرحه الأول دون الثاني؛ فلأن الأول[٤] وقع مبيحًا لما مر، والثاني وقع محرمًا لكونه غير جارح.

وأما إن جرحه الثاني دون الأول؛ فلأن [فعل][٥] كل واحد منهما لم يقع ذكاة؛ لأن الأول لم يقع جارحًا، والثاني وقع ذكاة اضطرارية في موضع الاختيار، فإن أدركه الأول فذبحه [أو لم يذبحه][٦] فهو على التفصيل الذي ذكرنا[٧].

أما إن أدركه وفيه من الحياة ما يبقى في المذبوح بعد الذبح أو أكثر[٨] من ذلك، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

ولو أن رجلين رميا إلى صيد بسهمين، فإن أصابه السهمان معًا فالصيد لهما اعتبارًا بحالة الإصابة، ويحل تناول الصيد اعتبارًا بحالة الرمي، فإنه كان صيدًا حال

---

(١) في م: إما أن.
(٢) زاد في أ: إن.
(٣) في م: لوقوع الثاني.
(٤) زاد في م: إن.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: ذكره.
(٨) زاد في م: ذلك.

رميهما فيقع فعل كل واحد ذكاة، ولو كان أحد الراميين ببندقة أو معراض فأصاب الصيد بعرضه، كان الصيد لهما ولا يحل تناوله.

قال مسلم: رمى سهمًا إلى صيد وسمى فأصاب السهم سهمًا موضوعًا على حائط فدفعه فمضى السهم فأصاب الصيد وجرحه وقتله، حل أكله؛ لأن السهم الموضوع مدفوع بسهم الرامي بواسطة رمي الصائد فكان إصابته مضافًا إلى رمي الصائد، فكأن الصائد رمى الصيد الموضوع بنفسه فيحل أكله.

فإن قيل: إذا جعل كأن[1] الصائد رمى السهم الموضوع، ينبغي ألا يحل أكله؛ لأن السهمية إنما وقعت على السهم الموضوع.

قلنا: إنا[2] جعلنا كأن الصائد رمى السهم الموضوع باعتبار أن السهم الموضوع مدفوع للسهم الذي رماه الصائد، والدفع حصل في حال بقاء الرمي، والتسمية شرط حال ابتداء الرمي لا حال بقائه.

وكذلك لو رمى [إلى صيد][3] ببندقة أو معراض أو حجر فأصاب سهمًا موضوعًا على حائط فدفعه فمضى السهم وأصاب الصيد وجرحه وقتله، حل أكله، والمعنى ما ذكرنا.

فإن قيل: ينبغي ألا يحل أكله؛ لأن الرمي بالبندقة والمعراض ليس بذكاة فما تولد منه كيف يكون ذكاة؟

قلنا: من وجهين:

أحدهما: لا، بل الرمي بالبندقة والمعراض ذكاة؛ ألا ترى أنه لو جرح الصيد كان ذكاة، إلا أنه إذا لم يجرحه لا يحل تناوله لمعنى في المحل وهو الدم المسفوح لا لخلل [في الفعل][4]، وقد زال هذا المعنى هنا بإصابة السهم.

---

(١) في م: كل.
(٢) في م: إنما كان.
(٣) في م: الصيد.
(٤) في م: بالفعل.

والثاني: أن نقول: الرمي بالبندقة وما أشبهها موقوف بين أن يصيب ما يقع به الذكاة فيكون ذكاة، وبين أن يصيب ما لا يقع به الذكاة فلا يكون ذكاة، وقد أصاب هنا ما تقع به الذكاة فكان ذكاة من الأصل.

قال: رجل رمى صيدًا بسهم وسمى، ثم إن رجلاً آخر رمى ذلك الصيد بسهم فأصاب السهم الثاني الأول وأمضاه حتى[١] أصاب الصيد وجرحه وقتله فالمسألة على وجهين:

إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه لا يبلغ الصيد بدون السهم الثاني، فالصيد للثاني.

وإن كان السهم الأول بحال يعلم أنه يبلغ الصيد بدون السهم الثاني إلا [أن][٢] الثاني زاد في [قوته، فالصيد للأول][٣].

قال في الكتاب: ألا ترى أن من رمى سهمًا إلى صيد فزاد الريح في قوته، وكان السهم بحال يصيب الصيد لولا الريح يجعل [الصيد][٤] قتيل السهم لا قتيل الريح.

ولم يذكر في الكتاب ما إذا كان لا يدري الأول هل يبلغ الصيد لولا الثاني؟

قال مشايخنا: وينبغي أن يكون الصيد للأول ويحل تناول هذا الصيد على كل حال.

ولو كان الرامي الثاني مجوسيًا فاصطاد [بسهمه][٥] سهم المسلم، فإن علم أن سهم المسلم لا يصيب الصيد لولا سهم المجوسي، إلا أن سهم المجوسي زاد في قوته، فالصيد للمسلم ويحل [تناوله][٦] قياسًا، وفي الاستحسان لا يحل.

---

(١) في م: ثم.
(٢) سقط في م.
(٣) ما بين المعقوفين في م: قوة.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

وجه الاستحسان: أن فعل المجوسي اتصل بفعل المسلم فصار المجوسي معينًا له في الذكاة، وباعتبار الإعانة يتمكن وقوع[١] شبهة، والشبهة كافية في باب الحرمات احتياطًا؛ ألا ترى أن مسلمًا لو أخذ سكينًا وجعل يذبح الشاة، فأخذ المجوسي بيد المسلم وحز السكين حتى قطع الأوداج، لا يؤكل؟ وإنما لا يؤكل لما قلنا.

وإلى هذا وقعت الإشارة في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي قتادة: «هل أعنتم؟ هل أشرتم؟»[٢] بخلاف الملك؛ لأن الشبهة لا تكفي لمنع الملك؛ لأن الملك مما يثبت مع الشبهات[٣]، أما ههنا بخلافه.

وكذلك على هذا، إذا رمى حلال صيدًا، ثم رماه محرم، فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وأمضاه[٤] حتى أصاب الصيد، فهو على هذا التفصيل الذي قلنا فيما إذا كان الرامي الأول مسلمًا والثاني مجوسيًّا؛ لأن إعانة المحرم في التحريم نظير

---

(١) في م: نوع.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٩٨) كتاب الجهاد، باب: ما قيل في الرماح، حديث (٢٩١٤)، ومسلم (٢/ ٨٥٢) كتاب الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم، حديث (٥٧/ ١١٩٦)، وأبو داود (٢/ ٤٢٨، ٤٢٩) كتاب المناسك، باب: لحم الصيد للمحرم، حديث (١٨٥٢)، والترمذي (٣/ ٢٠٤، ٢٠٥) كتاب الحج، باب: ما جاء في أكل الصيد للمحرم، حديث (٨٤٧)، والنسائي (٥/ ١٨٢) كتاب الحج، باب: ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، وابن ماجه (٢/ ١٠٣٣) كتاب المناسك، باب: الرخصة في ذلك إذا لم يصد له، حديث (٣٠٩٣)، ومالك (١/ ٣٥٠) كتاب الحج، باب: ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، حديث (٧٦)، والدارمي (٢/ ٣٨) كتاب المناسك، باب: في أكل لحم الصيد للمحرم إذا لم يصد هو، والشافعي (١/ ٣٢١) كتاب الحج، باب: فيما يباح للمحرم وما يحرم، (٨٣٧)، والحميدي (١/ ٢٠٤)، رقم (٤٢٤)، وعبد الرزاق (٨٣٣٧، ٨٣٣٨)، وابن خزيمة (٤/ ١٧٦)، رقم (٢٦٣٥)، وابن الجارود (٤٣٥)، والدراقطني (٢/ ١٧٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/ ١٧٣، ١٧٤)، والبيهقي (٥/ ١٨٩)، من طرق عن أبي قتادة به. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) في م: الشهادة.

(٤) في م: وأمضى.

إعانة[١] المجوسي؛ ألا ترى أن إصابة المحرم في التحريم نظير إصابة المجوسي؟ وعلى المحرم الجزاء على كل حال.

قال: ولو أن قومًا من المجوس رموا سهامهم فأقبل الصيد نحو مسلم فارّا من سهامهم فرماه المسلم وسمى فأصابه سهم المسلم وقتله، فالمسألة على وجهين:

إن كان سهم المجوسي لم يقع على الأرض حتى رماه المسلم، لا يحل أكله؛ لأن قتل الصيد حصل بإعانة المجوسي؛ لأنهم بسهامهم قربوه إلى رمية المسلم، لولا ذلك لما قدر المسلم على قتله، وباعتبار الإعانة تتمكن الشبهة على ما مر فلا يحل تناوله إلا أن يدركه المسلم ويذكيه فحينئذ يحل؛ لأن المجوسي أعانوه في الرمي دون حقيقة الذكاة ولا معتبر بالرمي مع وجود حقيقة الذكاة.

وإذ وقعت سهام المجوسي على الأرض، ثم رماه المسلم بعد ذلك وباقي المسألة بحالها، حل أكله؛ لأن قتل الصيد ههنا ما حصل بإعانة المجوسي وهي التي [أثرت][٢] في الحرمة في المسألة الأولى باعتبار أن فعل المجوسي قد انقطع بوقوع سهامهم على الأرض قبل رمي المسلم، وكذلك المجوس إذا أرسلوا كلابهم إلى صيد فأقبل الصيد هاربًا فرماه مسلم بسهم وقتله، أو أرسل كلبه إليه فأصابه الكلب وقتله، إن كان رمي المسلم وإرساله[٣] الكلب بعد رجوع كلاب المجوس، يحل، وإن كان بحال اتباع كلبهم، لا يحل؛ لوجود الإعانة منهم.

وكذلك لو أرسل المجوسي صقرًا أو بازيًّا له فهوى بالصيد إلى الأرض هاربًا فرماه بسهم وسمى فأصابه وقتله، أو أرسل كلبه أو بازيًّا له [أو صقرًا له فأصابه وقتله، إن كان رمي المسلم وإرساله حال اتباع صقر المجوسي وبازيه][٤]، لا يحل،

---

(١) في أ: إصابة.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وإرسال.
(٤) سقط في م.

وإن كان بعد رجوع صقره وبازيه، حل[١]، وكذلك لو اتبع الصيد كلب [غير معلم وبازي][٢] غير معلم فأقبل الصيد فارًّا منه فرماه مسلم بسهم وأرسل كلبه أو بازيه أو صقره فأصابه وقتل، فهو على التفصيل الذي قلنا.

قال: رجل رمى سهمًا إلى صيد وسمى فهبت الريح وضربت السهم وحرفته عن سننه يمنة أو يسرة أو ردته إلى ورائه وأصاب الصيد وقتله، لا يحل أكله، ولو أن الريح أمالته يمنة أو يسرة، أما ما صرفته عن سننه ولا ردته إلى ورائه، لم يكن بأكله بأس.

قال بعض مشايخنا: هذا إذا أصابه في سننه أمامه، فأما إذا أصابه في حال انحرافه يمنة أو يسرة، فلا يؤكل.

قال الحاكم الشهيد: هذا ليس بشيء[٣]، فقد أطلق محمد في الكتاب أنه يؤكل، فلو لم يكن شيء من ذلك إلا أن الريح زادته قوة لم يكن بأكله بأس.

قال: وإن رمى مسلم صيدًا بسهم وسمى، ثم رماه مسلم آخر بسهم وسمى فأصاب سهم الثاني سهم الأول وانحرف يمينًا وشمالًا إلا أنه في سننه حتى أصاب الصيد، فالصيد للأول، ولو[٤] صرفه الثاني عن سننه يمنة أو يسرة أو رده إلى ورائه وأصاب وقتله، ذكر في الزيادات: أنه للثاني ويؤكل، وذكر في كتاب الصيد: [أنه يكون للتاني ولا يؤكل.

قال بعض مشايخنا: ما ذكر في كتاب الصيد][٥] وقع غلطًا، والصواب ما ذكر في الزيادات؛ لأن فعل الأول قد انقطع برد السهم وحرفه، فصار الصيد قتيل الثاني فكان له، والثاني من أهل الذكاة وقد سمى فحل أكله لهذا.

---

(١) في م: هل.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: قط.
(٤) في م: فإن.
(٥) سقط في م.

وبعض مشايخنا وفقوا بين المذكور في الزيادات وبين المذكور في كتاب الصيد، واختلفوا في بيان وجه التوفيق.

منهم من قال: ما ذكر في الزيادات محمول على ما إذا سمى الثاني في رميته، وما ذكر في كتاب الصيد محمول على ما إذا لم يسم الثاني في رميته، نص على التسمية في الزيادات وسكت عنها في كتاب [الصيد](١)، وهذا التوفيق صحيح لما ذكرنا: أن قتل الصيد مضاف [إلى](٢) الثاني فيشترط تسمية الثاني في رميته لإباحته.

ومنهم من قال: ما ذكر في كتاب الصيد محمول على أن الثاني قصد برميه السهم الأول لا الصيد، فإذا أصاب السهم بإصابة السهم الثاني لم يكن الصيد مأخوذًا بفعله وقصده، وما ذكر في الزيادات محمول على ما إذا قصد برميه الصيد فصار الصيد مأخوذًا بفعله وقصده.

قال: وإن كان الرامي الثاني مجوسيًا فأصاب سهمه سهم المسلم فانحرف يمنة ويسرة إلا أنه في سننه ذلك فأصاب الصيد وقتله، فالصيد للمسلم، ولكن لا ينبغي أن يأكله؛ لوقوع نوع إعانة من المجوسي.

قال: ولو أن رجلاً أرسل كلبه المعلم على صيد فكسر رجله أو عقره عقرًا أخرجه من الصيدية، ثم إن رجلاً آخر أرسل كلبه المعلم على ذلك الصيد فكسر رجله الأخرى أو عقره عقرًا فمات الصيد من العقرين، فنقول: الصيد للأول ولا يحل تناوله، هذا إذا أرسل الثاني كلبه بعد ما أصاب الكلب الأول الصيد وأثخنه، فلو أن الكلب الأول جرحه إلا أنه لم يثخنه ولم يخرجه من الصيدية حتى أرسل الثاني كلبه فأصابه الثاني وجرحه وأثخنه وأخرجه من الصيدية، فالصيد للثاني، ويحل تناوله، ولو كان كل واحد من الجرحين بحال لا يخرجه من الصيدية عند الانفراد، فلما اجتمعا خرج من أن يكون صيدًا، فالصيد لهما، وكذلك إذا أصاباه معًا؛ لاشتراكهما

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

في الأخذ، والحل ثابت.

وإن أرسل كلبه قبل إصابة الكلب الأول الصيد، فالملك لأولهما إصابة كما في السهمين، والحل ثابت.

ولو أرسلا معًا فأصاب أحدهما الصيد قبل الآخر وأخذه وأثخنه، ثم أصابه الآخر، [فالصيد لأولهما إصابة لما مر](١).

وكذلك لو أرسلا على التعاقب فأصاب الكلب الثاني الصيد أولًا وأثخنه، ثم أصابه الكلب الأول، فالصيد لصاحب الكلب الثاني على ما مر، ولو أصاباه جملة أو أصابه أحدهما قبل صاحبه إلا أنه لم يثخنه حتى أصابه الآخر، فالصيد لهما.

ولو أن مسلمًا أرسل كلبه وسمى فزجره مجوسي وصاح به فانزجر بزجره واشتد بصياحه وقتل الصيد، فإنه حل أكله، بخلاف مسألة الرمي التي ذكرناها: وهي ما إذا رمى مسلم(٢) سهما إلى صيد ثم رمى مجوسي سهمًا إليه، فأصاب سهم المجوسي سهم المسلم وزاد في قوته وأصاب الصيد، فإنه لا يحل أكل الصيد هناك، وعلى هذا الخلاف(٣).

وإذا أرسل كلبه على صيد فزجره محرم وصاح به فاشتد لزجره وقتل الصيد، [حل أكل الصيد](٤)، ولو رمى حلال سهمًا إلى صيد، ثم [رمى](٥) إليه محرم فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وزاد في قوته حتى أصاب الصيد، فإنه لا يحل أكل الصيد، هذا هو الكلام في الكلب.

جئنا إلى البازي فنقول: إرسال البازي كإرسال الكلب، حتى لو وجد من الاثنين معًا أو على التعاقب، كان الصيد لأولهما إصابة إن أثخنه الأول فأخرجه من أن يكون

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: منهما.
(٣) في م: الحلال.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

صيدًا ويحل تناوله لما ذكرنا في الكلب، وإن لم يثخنه الأول ولم يخرجه من أن يكون صيدًا أصابه الثاني وجرحه وأخرجه من أن يكون صيدًا، فالصيد للثاني؛ لأن الأخذ وجد من الثاني ويحل تناوله لما مر في الكلب، وإن كان جرح كل واحد [بحال][(١)] لا يخرجه عن الصيدية عند[(٢)] الانفراد، فلما اجتمعا خرج من أن يكون صيدًا، فالصيد لهما، وكذلك إذا[(٣)] أصاباه معًا لاشتراكهما في الأخذ، والحل ثابت لما ذكرنا في الكلب.

قال: وإن أخذ البازي المرسل الصيد وشده بمخلبه وصار بحال لا يقدر على التخلص فلحقه الثاني فقتله، فهو لصاحب البازي [الثاني][(٤)].

واختلف المشايخ في علة المسألة، بعضهم قالوا: لأن الآخذ هو البازي الثاني؛ لأنه هو الذي أخرجه عن حال الصيد، فهو نظير ما لو ألجأ إنسان صيدًا إلى مضيق وأخذه إنسان آخر، كان الصيد للآخذ لا للملجئ، كذا هاهنا.

ومنهم من قال: الأول آخذ، لكن لم يجعل محمد - رحمه الله - أخذ البازي كأخذ المالك، وجعل قتله كقتل المالك حتى جعل الصيد في هذه الصورة [لصاحب البازي الذي قتله لا][(٥)] لصاحب البازي الذي أخذه.

والفرق: وهو أن البازي ليس من أهل الأخذ؛ لأنه لا يد له فلا يصح منه الأخذ حتى ينتقل إلى صاحبه فافترقا من هذا الوجه.

وعلى قياس ما روي عن محمد - رحمه الله -: أن من نصب شبكة يتعقل بها صيدًا فجاء آخر وأخذ الصيد، فالصيد لصاحب الشبكة: ينبغي أن يكون الصيد في هذه المسألة لصاحب البازي الأول [والله أعلم بالصواب][(٦)].

(١) سقط في م.
(٢) في م: عن.
(٣) في م: إن.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

الفصل التاسع
في مسائل السمك

الأصل عندنا في إباحة السمك[(١)]: أن ما مات بآفة يؤكل، وما مات [منه][(٢)] بغير آفة فلا يؤكل، وإن قتلها شيء من طير[(٣)] الماء، أكل؛ لأنها ماتت بآفة، وإن ألقاها [في جب][(٤)] ماء وماتت فكذلك؛ لأن ضيق المكان آفة، وكذلك إذا جمعهن في حظيرة لا يستطعن الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن كلهن، فلا بأس بأكلهن، وإن كان لا يقدر على أخذهن من غير صيد، فلا خير في أكلهن، ولو ماتت في الشبكة وهو لا يقدر على التخليص منها، أو أكلت شيئًا مما يلقى في الماء

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة صيد جميع حيوانات البحر، سواء كانت سمكا أو غيره. لقول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ أي: مصيده ومطعومه. وقول النبي ﷺ لما سئل عن ماء البحر: "هو الطهور ماؤه الحل ميتته". واستثنى الشافعية والحنابلة: التمساح والضفدع، للنهي عن قتل الضفدع، فقد ثبت أن النبي ﷺ نهى عن قتله [أخرجه أحمد (٣/ ٤٥٣)، والبيهقي (٩/ ٣١٨) وقوى البيهقي إسناده]، وروي عن ابن عمرو أنه قال: لا تقتلوا الضفادع، فإن نقيقها تسبيح [أخرجه البيهقي (٩/ ٣١٨) وصحح البيهقي إسناده]. وللاستخباث في التمساح؛ ولأنه يتقوى بنابه ويأكل الناس. وزاد الحنابلة: الحية، وصرح الماوردي من الشافعية بتحريمها وغيرها من ذوات السموم البحرية، وقصر الشافعية التحريم على الحية التي تعيش في البحر والبر، وأما الحية التي لا تعيش إلا في الماء فحلال. وذهب الحنفية إلى إباحة السمك من صيد البحر فقط دون غيره من الحيوانات البحرية. وذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة ميتة البحر، سواء كانت سمكا أو غيره من حيوانات البحر، لقول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ وقول النبي ﷺ: "هو الطهور ماؤه الحل ميتته"، وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: كل دابة تموت في البحر فقد ذكاها الله لكم. ولم يبح الحنفية إلا ميتة السمك الذي مات بآفة، وأما الذي مات حتف أنفه، وكان غير طاف، فليس بمباح. وحد الطافي عندهم: ما كان بطنه من فوق، فلو كان ظهره من فوق، فليس بطاف فيؤكل.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٩٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١١٥)، ومغني المحتاج (٤/ ٢٩٧) وما بعدها، وكشاف القناع (٦/ ١٩٣)، والإنصاف (١٠/ ٣٨٤).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: غير.

(٤) سقط في م.

فماتت منه وذلك معلوم، فلا بأس بأكله، وكذلك لو ربطها في الماء فماتت، وكذلك لو جمد الماء وبقي في الجمد وماتت، ولو مات بحر الماء [أو برودته][(١)]، ذكر في القدوري: أن فيه روايتين.

وذكر في بعض النوادر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله-.

قال في موضع: على قول أبي يوسف[(٢)]: يؤكل، وعلى قول محمد: لا يؤكل.

وذكر شمس الأئمة أنه ذكر في غير رواية الأصول: أن على قول أبي حنيفة: لا يحل، وعلى قول محمد: يحل.

وإذا انحسر الماء عنه، يؤكل، وكذلك ما نبذها[(٣)] الماء وألقاها في الحر، يؤكل، وإذا انحسر الماء عن بعضها إن كان رأسها في الماء، لا يؤكل، [وكذلك ما نبذها الماء وألقاها في الحر، يؤكل][(٤)]، وإن كان رأسها خارج الماء، يؤكل.

وفي المنتقى: إذا كان الرأس وحده خارج الماء، يؤكل، وإن كان الرأس في الماء، إن كان ما على الأرض النصف أو أقل، لا يؤكل، وإن كان ما على الأرض أكثر من النصف، يؤكل، وإذا اصطاد سمكة فوجد في بطنها أخرى، [أكلها][(٥)]، وهذه المسألة تدل على أنه إذا وجد في بطن السمكة الطافية سمكة، أنها تؤكل، وإن كانت الطافية، لا تؤكل.

وعن محمد - رحمه الله - في السمكة[(٦)] توجد في بطن الكلب: أنه لا بأس بأكلها، يريد به: إذا لم يتغير، ولا بأس بالسمكة يصيدها المجوسي؛ لأنها تحل من غير تسمية، فإن المسلم إذا أخذ السمكة وترك عليها التسمية عمدًا تحل، وما يحل

---

(١) في م: وترديه.
(٢) زاد في م: لا.
(٣) في م: شواها.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: المسألة.

بدون التسمية فالمجوسي فيه وغير المجوسي سواء.

وفي الجامع الصغير: إذا وجد السمكة ميتة على وجه الماء وبطنه من فوق الماء، لم يؤكل؛ لأنه طاف، وإن كان ظهره من فوق أكل؛ لأنه ليس بطاف.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله -: إذا كانت السمكة استقلت الماء وماتت، لم تؤكل؛ لأنها إن تركت طفت [والله أعلم](١).

❊ ❊ ❊

(١) سقط في م.

الفصل العاشر

إذا وقع الشك أن الصيد مات بالجراحة أو بسبب آخر

وإذا(١) أصاب السهم الصيد فوقع على السطح أو على الأرض من الهواء ومات، فإنه يؤكل استحسانًا، ولو وقع على السطح ثم على الأرض، فإنه لا يؤكل؛ لأن هذه متردية، والأصل فيه: أنه متى دخل فيه (لعل) و(عسى) فإنه لا يؤكل، وهنا دخل (لعل) و(عسى)؛ لجواز أن يكون التردي(٢) قبله، قالوا: وهذا إذا كان ما أصاب الصيد من الجراحة جراحة يجوز أن يسلم الصيد منها بأن أصاب رجل الصيد أو يده، أما إذا(٣) كانت الجراحة بحال لا يسلم الصيد منها ويعلم أنه يموت لا محالة، فهذا على وجهين:

إما إذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح كالاضطراب.

أو بقي فيه من الحياة أكثر من ذلك مقدار ما يعيش نصف اليوم أو أكثر.

ففي الوجه الأول: لا يحرم بالإجماع؛ لأنه لا عبرة لهذه الحياة.

وعلى قياس ما ذكرنا من قول أبي حنيفة - رحمه الله - فيما تقدم: أن الحياة [عنده لها عبرة](٤).

وإن قلت: ينبغي أن يحرم عندهما(٥).

وفي الوجه الثاني: المسألة على الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله-.

والشيخ الإمام خواهر زاده - رحمه الله - قال: هذا الذي ذكرنا إذا كان الطير

---

(١) في م: وإن.

(٢) في م: تردى.

(٣) في م: إن.

(٤) في م: عند غيره.

(٥) في م: عنده.

بريًّا، فأما إذا كان مائيًّا والجراحة فوق الماء، يحل بكل حال عند الكل[١]؛ لأنه إذا كان هكذا علم[٢] يقينًا أنه إنما مات من الجراحة لا من الماء؛ لأنه يعيش في الماء، فأما إذا كانت الجراحة تحت الماء، [لا يحل][٣]، وفي الصيد البري الجراحة تحت الماء أو فوق الماء يحتمل أن الموت بسبب الماء، فسيأتي الوجوه التي ذكرنا من الذي يجوز أن يسلم، ويجوز ألا يسلم من الخلاف والاتفاق على ما مر.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - هذه المسألة في شرح كتاب الصيد وقال: إذا وقع في الماء لا يحل سواء كان بريًّا أو مائيًّا، فيتأمل عند الفتوى.

وإن مات الصيد على ذلك الشيء الذي وقع من الهواء عليه، فإن كان ذلك الشيء مما لا يقتل مثل [الحبل أو][٤] السطح فهوى على الأرض، فلا بأس بأكله، وإن كان يقتل مثل الرمح والقصب [المنصوب][٥] وحد الآجرة واللبنة القائمة[٦] ونحوها، لم يؤكل، ذكر هذا في شرح صيد الطحاوي - رحمه الله-.

* * *

---

(١) في م: الأكل.
(٢) في م: يعلم.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: و.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: والقائمة.

الفصل الحادي عشر
في المتفرقات

إذا رمى صيدًا فأصابه فوقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه ومات، لا يحل؛ لأنه قادر على الذكاة الاختياري بتقديم الإسلام، فلم يكتف بالذكاة الاضطراي.

في فتاوى أبي الليث - رضي الله عنه -، وفي عيون المسائل: إذا رمى صيدًا وجرحه، أو أرسل كلبه وعقره ووقع الصيد عند نائم والنائم يحال لو كان مستيقظًا قدر على أن يذكيه [فمات][١]، لا يؤكل عند أبي حنيفة - رحمه الله -، فأبو حنيفة - رحمه الله - [لا][٢] يجعل النائم كاليقظان في مسائل كثيرة من جملتها هذه المسألة.

ذبح شاة أو بقرة فتحرك بعد الذبح وخرج منها دم مسفوح حلت؛ لأنها وجدت علامة الحياة، وإن خرج منها دم مسفوح ولم تتحرك، أو تحرك ولم يخرج منها دم مسفوح فكذلك الجواب؛ لأن علامة الحياة أحد هذين الأمرين، وإن لم تتحرك ولا خرج منها دم مسفوح لا يحل؛ لأنه لم يوجد علامة الحياة، لكن هذا إذا لم يعلم بحياتها وقت الذبح، أما إذا علم حلت ولم تتحرك ولم يخرج منها الدم أصلاً.

ذبح شاة مريضة لم يتحرك منها شيء إلا فاها، قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لا تؤكل، وإن ضمته أكلت، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن غضت عينها تؤكل، وإن مدت رجليها[٣] لا تؤكل، وإن ضمتها[٤] أكلت، وإن أقام شعرها لا تؤكل، وإن نام [شعرها][٥] تؤكل، جعل البعض علامة للحياة [والبعض للممات][٦]، [لكن هذا إذا لم يعلم][٧] أنها حية وقت الذبح [فإن علم][٨] حلت بكل حال.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: رجلها.
(٤) في م: ضحت رجلها.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: أما إذا علم.
(٨) سقط في م.

الجنين إذا خرج حيًّا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات، يؤكل، هكذا ذكر في النوازل.

وهذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، لا على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

في المنتقى قال محمد - رحمه الله - في الجنين إذا لم يتم خلقه[(١)]: لا يؤكل، وإن تم أكل، أشعر أو لم يشعر.

وفي النوازل: رجل له شاة حامل فأراد ذبحها، إن تقاربت الولادة يكره ذبحها؛ لأن فيه تضييعًا لما في بطنها من غير فائدة، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة - رحمه الله-.

ويكره الاصطياد للتلهي[(٢)] وأن يأخذها حرفة، ولا بأس بأخذ الطير في الليل، والنهي محمول على البدل، والله أعلم.

اصطاد سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة، فهي له، فإن باع السمكة من غيره فوجد المشتري [اللؤلؤة، إن كانت][(٣)] اللؤلؤة في الصدف فهي للمشتري، وإن لم يكن فهي للبائع الصائد وتكون لقطة. ذكر شيخ الإسلام في صيده، وهكذا ذكر في العيون.

وتأويل هذا: أنه يدفع إلى الصائد، لا أنه يصير ملكًا له؛ وهذا لأن اللؤلؤة لا تخرج من الصدف إلا بإخراج أحد، ومن أخرجها صارت ملكًا له، فبعد ذلك إن وقعت في البحر تعينت[(٤)] على ملكه، فإذا[(٥)] أخذها الصائد مع السمكة كان حكمها حكم اللقطة فيدفع إلى الصائد؛ لأنه ملتقطها، فهو[(٦)] معنى ما ذكرنا في الكتاب: إنما يكون للصائد ويكون لقطة، [والله أعلم][(٧)].

---

(١) في م: خلقته.
(٢) في م: للتباهي.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بقيت.
(٥) في م: فإن.
(٦) زاد في م: في.
(٧) سقط في م.

كتاب الذبائح

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

الأول

في بيان ما يحل ذكاته

ذبيحة الصبي حلال إذا كان يعقل ويضبط[١].

ومعنى قوله: يضبط، أن[٢] يضبط شرائط الذبح من فري الأوداج.

وقوله: يعقل، تكلموا في معناه.

قال بعض مشايخنا: معناه: يعقل التسمية.

وقال بعضهم: معناه: [أن يعلم أن حل][٣] الذبيحة بالتسمية.

وقال بعضهم: أن يعلم أن الحل بقطع الحلقوم والأوداج.

وذبيحة الأخرس حلال[٤]؛ لأنه عاجز عن التسمية بحكم الخرس، فيعتبر بالعجز

---

(١) من شروط الذابح أن يكون عاقلا سواء كان رجلا أو امرأة بالغا أو غير بالغ إذا كان مميزا وهذا عند الجمهور الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو قول للشافعية.

وعلل الحنفية اشتراط العقل بأن صحة القصد إلى التسمية عند الذبح لا بد منها، وذلك بأن يكون الذابح متمكنا من قصد التسمية، وإن لم يكن قصدها واجبا، ولا تتحقق صحة التسمية ممن لا يعمل، فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، والسكران الذي لا يعقل، أما الصبي والسكران والمعتوه الذين يعقلون الذبح ويقدرون عليه فتؤكل ذبيحتهم.

ووجه ابن قدامة الاشتراط بأن غير العاقل لا يصح منه القصد إلى الذبح.

والأظهر عند الشافعية حل ذبيحة الصبي غير المميز والمجنون والسكران مع الكراهة - بخلاف النائم - أما الحل فلأن لهم قصدا في الجملة، وأما الكراهة فلأنهم قد يخطؤون الذبح، وإنما حرمت ذبيحة النائم لأنه لا يتصور له قصد.

ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٥/ ١٨٨)، والخرشي على خليل (٢/ ٣٠١)، ونهاية المحتاج (٨/ ١٠٦)، والمغني (٨/ ٥٨١).

(٢) في م: أنه.

(٣) في أ: يعلم أنه يحل.

(٤) اختلف الفقهاء في كون التسمية عند الذبح والصيد واجبة أو سنة. ولكنهم يتفقون على حل ذبيحة الأخرس وصيده مع عدم تسميته لعدم قدرته على النطق.

=

بحكم النسيان، [والله أعلم][١].

* * *

= إلا أن الحنابلة قالوا: إن كان المذكي أخرس أومأ برأسه إلى السماء، ولو أشار إشارة تدل على التسمية، وعلم أنه أراد التسمية، كان فعله كافيا لقيام إشارته مقام نطقه. وقالوا في الصيد: لا تعتبر التسمية من الأخرس عند إرسال السهم والجارحة لتعذرها منه، والظاهر أنه لا بد من إشارته بها، لقيام إشارته مقام نطقه. وما قاله الحنابلة هو رأي عند الشافعية.

جاء في المجموع: الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة حلت ذبيحته بالاتفاق، وإن لم تكن له إشارة مفهومة فطريقان: المذهب الحل أيضا، وبه قطع الأكثرون، والرأي الثاني أنه يعتبر كالمجنون، وبهذا الرأي قطع البغوي والرافعي.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٨٩، ١٩١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١٠٦)، والمجموع (٩/ ٧٧، ٨٦)، وكشاف القناع (٦/ ٢٠٩، ٢٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٤٠٧).

(١) سقط في م.

الفصل الثاني
في بيان أنواع الذكاة

اعلم بأن الذكاة نوعان:

اختياري حالة القدرة، وذلك في اللبة وما فوق ذلك إلى اللحيين، هذا هو لفظ القدوري.

وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله [أسفله][(١)] وأوسطه وأعلاه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه، يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح لأن المذبح هو الحلقوم، فإن قطع البعض ثم علم فقطع مرة[(٢)] أخرى الحلقوم قبل أن تموت بالأول، فهذا على وجهين:

إما أن قطع الأول بتمامه، أو قطع شيئًا منه، **ففي الوجه الأول**: لا تحل؛ لأنه لما قطع الأول بتمامه كان الأول من ذلك القطع أسرع من موتها من الثاني.

وفي الوجه الثاني: تحل، والذكاة الاضطرارية حال عدم القدرة، وهي الجرح في أي مكان.

ثم في حالة القدرة: إذا قطع الحلقوم والمريء والودجين فقد أتم الذكاة، وإن قطع الأكثر من ذلك حل أكله، واختلفت الروايات في تفسير ذلك.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف الأول: أنه إذا قطع الثلاثة من الأربعة، أي ثلث ما قطع فقد قطع الأكثر، رجع أبو يوسف عن هذا وقال: يشترط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين.

وعن محمد: أنه يعتبر قطع الأكثر من كل واحد من هذه الأشياء الأربعة، وعنه أيضًا: أنه إذا قطع الحلقوم والمريء والأكثر من كل واحد يحل، وما لا فلا.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: من.

قال مشايخنا: وهو أصح الجوابات.

إذا ذبح الشاة من قبل القفا، فإن قطع الأكثر من هذه الأشياء قبل أن تموت حلت، وإن ماتت قبل قطع الأكثر من هذه الأشياء لا تحل، ويكره هذا الفعل؛ لأنه خلاف السنة وفيه زيادة إيلام، وإن نحر الشاة أو ذبح الإبل جاز لحصول ما هو المقصود، وهو تسييل الدم المسفوح، والسنة خلافه، وإذا ضرب شاة بالسيف وأبان رأسها حلت، وذلك الفعل مكروه، وإذا ذبحها متوجهًا لغير القبلة حلت، ولكن يكره، [والله أعلم][1].

* * *

(١) سقط في م.

الفصل الثالث
في [بيان آلة][1] الذكاة

كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج[2]، كالحديد، والحجر المحدد، والقصب، والزجاج وغير ذلك، فإنه يجوز الذبح به، وأما العظم، والقرن، والسن المنزوع، والظفر المنزوع، فإنه يحل الذبح ولكن يكره أن يذبح به، وأما السن الذي ليس بمنزوع، والظفر الذي ليس بمنزوع فلا يحل الذبح [به][3]؛ لأنه قاتل وليس بذابح، هذه الجملة في صيد شرح الطحاوي - رحمه الله -، والله أعلم.

* * *

(١) في م: مسائل.
(٢) الأوداج: من (ودج) والوَدَجُ عِرْقٌ متصل الودج - بفتح الدال والكسر - لغة، عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة، ويقال: في الجسد عرق واحد حيثما قطع مات صاحبه وله في كل عضو اسم فهو في العنق الودج والوريد أيضًا، وفي الظهر النياط وهو عرق ممتد فيه، والأبهر وهو عرق مستبطن الصلب والقلب متصل به، والوتين في البطن، والنسا في الفخذ، والأبجل في الرجل، والأكحل في اليد، والصافن في الساق. والجمع (أَوْداج) وهي: عروق تكتنف الحُلْقُوم فإذا فُصِدَ وُدِّجَ، وقيل: ما أَحاط بالحلق من العروق، وقيل: هي عروق في أَصل الأُذنين يخرج منها الدم، وقيل: الوَدَجان عرقان غليظان عريضان عن يمين ثُغْرَةِ النحر ويسارها، والوَريدانِ بجنب الوَدَجَيْن، فالودجان من الجداول التي تجري فيها الدماء، والوريدان النَّبْضُ والنَّفَس.
ينظر: لسان العرب، مادة (ودج) (٢/ ٣٩٧).
(٣) سقط في م.

الفصل الرابع
في مسائل التسمية

إذا سمى على الذبح بالفارسية، يجوز، وإذا قال مكان التسمية: الله أكبر، أو قال: سبحان الله، أو قال: الحمد لله، فإن أراد به التسمية، يحل، وإن أراد به التسبيح أو التحميد أو التكبير، لا يحل، وإن قال: اللهم اغفر لي اللهم تقبل مني، لا يحل.

قال البقالي: والمستحب أن يقول: بسم الله والله أكبر.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصيد: المستحب أن يقول: بسم الله الله أكبر، بدون (الواو): قال: ومع (الواو) يكره؛ لأنه يقطع فور التسمية.

وإذا ذبح شيئًا وسمى، فهذا على ثلاثة أوجه:

إما إن لم يكن له نية، وأراد التسمية على الذبيح، وفي هذين الوجهين: حل الذبيح.

وإن أراد غير التسمية على الذبيح، [لا يحل؛ لأنه هو لم يأت بالمأمور به، فالمأمور به التسمية على الذبيح، وإذا ذكر التسمية بدون حرف (الهاء) إذا أراد به التسمية يحل الذبيح][١] ويكون ترك (الهاء) على سبيل الترخيم فإنه سائغ في كلام العرب.

وفي المسألة نوع إشكال، فإن المنقول عن أئمة اللغة والمشهور في كتبهم: أن الترخيم لا يجوز إلا في أسماء النداء، وإن لم يرد به التسمية لا يحل، وهاتان المسألتان في النوازل.

ولو قال: بسم الله وباسم فلان، فقد اختلف المتأخرون فيه.

---

(١) سقط في م.

قال[١] إبراهيم بن يوسف - رحمه[٢] الله -: تصير ميتة.

وبذا أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته.

وقال محمد بن سلمة: لا تصير ميتة.

فأما ما ذكر بدون (الواو) ويريد به أن يضحي عن[٣] فلان، لا يصير ميتة، وهذا الفصل منقول عن الفقيه أبي بكر - رحمه الله -، إلا أن المنقول [عنه][٤] بالفارسية: بسم الله بنام فلان.

وعلى هذا إذا قال: بسم الله [وبسم محمد رسول الله][٥]، إن قال بالرفع يحل، وإن قال بالخفض لا يحل، هكذا ذكر في النوازل.

قال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو ويلحن به في كلامه.

وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد - رحمه الله -: أنه لا يرى[٦] الخطأ في النحو معتبرًا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم الذبيح.

ولو قال: بسم الله وصلى الله على [سيدنا][٧] محمد، [أو قال: صلى الله على محمد][٨]، بدون (الواو) حل الذبيح، ولكن يكره ذلك.

وفي البقالي: حل الذبيح إن وافق الذبح التسمية.

وقيل: إن أراد بذكر (محمد) الاشتراك في التسمية لا يحل، وإن أراد به التبرك بذكر (محمد) حل الذبح ويكره ذلك، ويكره أن يدعو بعد التسمية قبل الذبح بالتقبل وغيره، نحو قوله: بسم الله اللهم تقبل مني، أو يقول: من فلان، أو يقول: اللهم

---

(١) زاد في م: ابن.
(٢) في م: رحمهما.
(٣) في م: من.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: يحل برز.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

اغفر لي؛ لأن الواجب تجريد التسمية ولم يجرد التسمية، فأما إذا [دعا قبل التسمية، أو دعا][١] بعد الذبح فلا بأس، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

وإذا أراد أن يذبح عددًا[٢] من الذبائح، لم تجز التسمية الأولى عما بعدها، ولو أرسل كلبه على صيد وسمى أو رمى سهمًا [وسمى][٣] وأصاب صيودًا في فور الإرسال، فإنه يحل الكل، وإذا أضجع شاة ليذبحها وأخذ السكين وسمى، ثم انتحى تلك السكين وأخذ أخرى وذبح بها حل، وإن أخذ سهمًا وسمى ثم وضع ذلك السهم وأخذ أخرى ورمى به، لم تحل بتلك التسمية.

والفرق بينهما: أن التسمية في الذكاة الاختيارية مشروعة على الذبيح لا على الآلة، والذبيح لم يتبدل بما صنع إنما تبدلت الآلة، أما في الذكاة الاضطرارية فالتسمية شرعت على الآلة، فإن النبي ﷺ قال لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل؛ لأنك سميت على كلبك»[٤].

---

(١) يدل ما بين المعقوفين في م: ادعى.

(٢) في م: عبدا.

(٣) سقط في م.

(٤) أخرجه البخاري (٩/ ٥٩٨) كتاب الذبائح والصيد، باب: التسمية على الصيد، حديث (٥٤٧٥)، ومسلم (٣/ ١٥٢٩، ١٥٣٠) كتاب الصيد والذبائح، باب: الصيد بالكلاب المعلمة، حديث (١، ٢، ٣/ ١٩٢٩)، والطيالسي (١/ ٣٤٠ ٣٤١) كتاب الصيد والذبائح، باب: ما جاء في صيد الكلب المعلم، حديث (١٧٣١، ١٧٣٢) باب: ما جاء في الصيد بالمعراض، حديث (١٧٣٣، ١٧٣٤)، وأحمد (٤/ ٢٥٦)، والدارمي (٢/ ٨٩، ٩١) كتاب الصيد، باب: التسمية عند إرسال الكلب وباب: في صيد المعراض، وأبو داود (٣/ ٢٦٨، ٢٦٩) كتاب الصيد، باب: في الصيد، حديث (٢٨٤٧، ٢٨٤٨)، والترمذي (٤/ ٦٨، ٦٩) كتاب الصيد، باب: ما جاء في الكلب يأكل من الصيد، حديث (١٤٧٠) وباب: ما جاء في صيد المعراض، حديث (١٤٧١)، والنسائي (٧/ ١٧٩، ١٨٠) كتاب الصيد والذبائح، باب: الأمر بالتسمية عند الصيد، وباب: صيد الكلب المعلم، وابن ماجه (٢/ ١٠٦٩) كتاب الصيد، باب: صيد الكلب، حديث (٣٢٠٧) وباب: صيد المعراض، حديث (٣٢١٤)، وابن الجارود في المنتقى، ص (٣٠٥ ٣٠٦) باب: ما جاء في الصيد، =

فقد شرط التسمية على الآلة وهو الكلب، وإذا ثبت في الكلب ثبت في السهم؛ لأن الكلب نظير السهم من حيث إن آلة العمل منفصلة عن صاحبه، وإذا كانت التسمية مشروعة في الذكاة [نظير السهم من](١) الاضطرارية فتبدل(٢) الذبيح في الذكاة الاختيارية بأن أضجع شاة ليذبحها وسمى فلم تقطع السكين فنحاها وأخذ أخرى وذبحها بتلك التسمية، لا يجوز، وهاهنا كذلك.

وإن أضجع شاة ليذبحها [فنحاها](٣) وسمى عليها، ثم كلم إنسانًا أو شرب أو حدد سكينًا أو أكل لقمة وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر، حلت بتلك التسمية، وإن طال الحديث وكثر العمل، كرهت أكلها، وليس في ذلك تقدير، بل ينظر فيه إلى العادة فإن استكثرها الناس في العادة فهو كثير، وإن استقله فهو قليل.

ثم ذكر في هذا الفصل لفظة(٤) الكراهة وقد اختلف المشايخ فيه.

وفي أضاحي الزعفراني: إذا حدد الشفرة تنقطع تلك التسمية من غير فصل، بين ما إذا قل أو أكثر.

وفيه أيضًا: إذا سمى، ثم انفلتت الشاة أو البقرة من يده وقامت من مضجعها، ثم أعادها إلى مضجعها، انقطعت تلك التسمية، ومنه: إذا ذبح الذابح وسمى صاحب الأضحية أو غيره، لم يحل. والله أعلم.

* * *

= حديث (٩١٤)، والبيهقي (٩/ ٢٣٥، ٢٣٦) كتاب الصيد والذبائح، باب: الأكل مما أمسك عليك المعلم وإن قتل، والبغوي في «شرح السنة» (٣/٦) من طريق الشعبي عن عدي به.

(١) سقط في م.

(٢) في م: كتبدل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لفظ.

كتاب الأضحية[1]

---

(١) الأضحية: اسم لما يضحى به، ولما يذبح أيام عيد الأضحى، والجمع: أضاحي، على وزن (الأفعولة)، والأضحى على وزن (الأفعل)، والأضحى: جمع أضحاة وهي: الشاة التي يضحى بها، وبها سمي يوم الأضحى، ولذلك يجوز تأنيثه فيقال: دنت الأضحى، والضحيّة كذلك، والجمع: الضحايا، والأضحية فيها لغات، ضم الهمزة في الأكثر، وكسرها إتباعا لكسرة الحاء، والجمع: أضاحي، والثالثة: أضحيّة، والجمع (ضحايا)، مثل: عطية، وعطايا، والرابعة: أضحاة، بضم الهمزة والجمع: (أضحى)، مثل أرطاة، وأرطى.

ينظر: المصباح المنير، مادة (طلبة الطلبة)، مادة (ضحى)، ص (١٠٥)، المغرب، ص (١٨٠، ١٨١).

وشرعا: هي ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص.

ينظر: تبيين الحقائق (٦/ ٦٢)، الدر المختار (٥/ ٢١٩)، البحر الرائق (٨/ ١٩٧).

الأضحية مشروعة إجماعا بالكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ قيل في تفسيره: صل صلاة العيد وانحر البدن. والبدن - بضم الباء وسكون الدال - جمع بدنة، وهي الواحدة من الإبل ذكورها وإناثها، وسميت بذلك لضخامة بدنها، وربما أطلقت البدنة على الواحدة من كل من الإبل والبقر، ويجوز في البقر النحر والذبح وإن كان الذبح أفضل كما هو موضح في الذبائح.

وأما السنة فأحاديث تحكي فعله ﷺ لها، وأخرى تحكي قوله في بيان فضلها والترغيب فيها والتنفير من تركها. فمن ذلك ما صح من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: «ضحى النبي ﷺ بكبشين أملحين أقرنين، ذبحهما بيده، وسمى وكبر، ووضع رجله على صفاحهما» [أخرجه مسلم (٣/ ١٥٥٦، ١٥٥٧)] وأحاديث أخرى سيأتي بعضها منها قوله ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا». [أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٤٤)، والحاكم (٢/ ٣٨٩، ٣٩٠) والحديث صححه الحاكم وأقره الذهبي] وقد شرعت التضحية في السنة الثانية من الهجرة النبوية، وهي السنة التي شرعت فيها صلاة العيدين وزكاة المال. أما حكمة مشروعيتها، فهي شكرا لله تعالى على نعمة الحياة، وإحياء سنة سيدنا إبراهيم الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله عز اسمه بذبح الفداء عن ولده إسماعيل عليه الصلاة والسلام في يوم النحر، وأن يتذكر المؤمن أن صبر إبراهيم وإسماعيل عليهما السلام وإيثارهما طاعة الله ومحبته على محبة النفس والولد كانا سبب الفداء ورفع البلاء، فإذا تذكر المؤمن ذلك اقتدى بهما في الصبر على طاعة الله وتقديم محبته عز وجل على هوى النفس وشهوتها.

ينظر: حاشية البجيرمي على المنهج، سليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة أخيرة، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م (٤/ ٢٩٤)، والمجموع للنووي (٨/ ٣٨٣)، محاسن الإسلام، لمحمد بن عبد الرحمن البخاري، دار الكتاب العربي، ص (١٠٤).

وقد يقال: أي علاقة بين إراقة الدم وبين شكر المنعم عز وجل والتقرب إليه؟ والجواب من وجهين: أحدهما: أن هذه الإراقة وسيلة للتوسعة على النفس وأهل البيت، وإكرام الجار =

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

الأول: في بيان صفتها وشرائطها

فنقول: من صفتها أنها واجبة.

قال القدوري في كتاب الأضحية: الأضحية واجبة عند أصحابنا[1] - رحمهم الله -

---

= والضيف، والتصدق على الفقير، وهذه كلها مظاهر للفرح والسرور بما أنعم الله به على الإنسان، وهذا تحدث بنعمة الله تعالى كما قال عز اسمه: ﴿وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ﴾. ثانيهما: المبالغة في تصديق ما أخبر به الله عز وجل من أنه خلق الأنعام لنفع الإنسان، وأذن في ذبحها ونحرها لتكون طعاما له. فإذا نازعه في حل الذبح والنحر منازع تمويها بأنهما من القسوة والتعذيب لذي روح تستحق الرحمة والإنصاف، كان رده على ذلك أن الله عز وجل الذي خلقنا وخلق هذه الحيوانات، وأمرنا برحمتها والإحسان إليها، أخبرنا وهو العليم بالغيب أنه خلقها لنا وأباح تذكيتها، وأكد هذه الإباحة بأن جعل هذه التذكية قربة في بعض الأحيان.

(١) ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم الشافعية والحنابلة، وهو أرجح القولين عند مالك، وإحدى روايتين عن أبي يوسف إلى أن الأضحية سنة مؤكدة. وهذا قول أبي بكر وعمر وبلال وأبي مسعود البدري وسويد بن غفلة وسعيد بن المسيب وعطاء وعلقمة والأسود وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر. واستدل الجمهور على السنية بأدلة: منها قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا دخل العشر، وأراد أحدكم أن يضحي فلا يمس من شعره ولا من بشره شيئا». [أخرجه مسلم (٣/ ١٥٦٥)] ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الرسول ﷺ قال: «وأراد أحدكم» فجعله مفوضا إلى إرادته، ولو كانت التضحية واجبة لاقتصر على قوله: «فلا يمس من شعره شيئا حتى يضحي». ومنها أيضا أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين، مخافة أن يرى ذلك واجبا [أخرجه البيهقي (٩/ ٢٦٥)، وحسنه النووي في المجموع (٨/ ٣٨٣)]. وهذا الصنيع منهما يدل على أنهما علما من الرسول ﷺ عدم الوجوب، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك. وذهب أبو حنيفة إلى أنها واجبة. وهذا المذهب هو المروي عن محمد وزفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وبه قال ربيعة والليث بن سعد والأوزاعي والثوري ومالك في أحد قوليه. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ فقد قيل في تفسيره: صل صلاة العيد وانحر البدن، ومطلق الأمر للوجوب، ومتى وجب على النبي ﷺ وجب على الأمة لأنه قدوتها. وبقول النبي ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا»، وهذا كالوعيد على ترك التضحية، والوعيد إنما يكون على ترك الواجب. وبقوله عليه الصلاة والسلام: «من ذبح قبل الصلاة فليذبح شاة مكانها، ومن لم يكن ذبح فليذبح على اسم الله» [أخرجه مسلم (٣/ ١٥٥١)] فإنه أمر بذبح الأضحية وبإعادتها إذا ذكيت قبل الصلاة، وذلك دليل الوجوب. ثم إن الحنفية القائلين بالوجوب يقولون: إنها واجبة عينا على كل من وجدت فيه شرائط =

إلا في إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله-.

وفي شرح الطحاوي: أنها واجبة عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: سنة.

= الوجوب. فالأضحية الواحدة كالشاة وسبع البقرة وسبع البدنة إنما تجزئ عن شخص واحد. وأما القائلون بالسنية فمنهم من يقول: إنها سنة عين أيضا، كالقول المروي عن أبي يوسف فعنده لا يجزئ الأضحية الواحدة عن الشخص وأهل بيته أو غيرهم. ومنهم من يقول: إنها سنة عين ولو حكما، بمعنى أن كل واحد مطالب بها، وإذا فعلها واحد بنية نفسه وحده لم تقع إلا عنه، وإذا فعلها بنية إشراك غيره في الثواب، أو بنية كونها لغيره أسقطت الطلب عمن أشركهم أو أوقعها عنهم. وهذا رأي المالكية، وإيضاحه أن الشخص إذا ضحى ناويا نفسه فقط سقط الطلب عنه، وإذا ضحى ناويا نفسه وأبويه الفقيرين وأولاده الصغار، وقعت التضحية عنهم، ويجوز له أن يشرك غيره في الثواب - قبل الذبح - ولو كانوا أكثر من سبعة بثلاث شرائط: الأولى: أن يسكن معه.

الثانية: أن يكون قريبا له وإن بعدت القرابة، أو زوجة.

الثالثة: أن ينفق على من يشركه وجوبا كأبويه وصغار ولده الفقراء، أو تبرعا كالأغنياء منهم وكعم وأخ وخال. فإذا وجدت هذه الشرائط سقط الطلب عمن أشركهم. وإذا ضحى بشاة أو غيرها ناويا غيره فقط، ولو أكثر من سبعة، من غير إشراك نفسه معهم سقط الطلب عنهم بهذه التضحية، وإن لم تتحقق فيهم الشرائط الثلاث السابقة. ولا بد في كل ذلك أن تكون الأضحية ملكا خاصا للمضحي، فلا يشاركوه فيها ولا في ثمنها، وإلا لم تجزئ، كما سيأتي في شرائط الصحة. ومن القائلين بالسنية من يجعلها سنة عين في حق المنفرد، وسنة كفاية في حق أهل البيت الواحد، وهذا رأي الشافعية والحنابلة. فقد قالوا: إن الشخص يضحي بالأضحية الواحدة - ولو كانت شاة - عن نفسه وأهل بيته. وللشافعية تفسيرات متعددة لأهل البيت الواحد والراجح تفسيران: أحدهما: أن المقصود بهم من تلزم الشخص نفقتهم، وهذا هو الذي رجحه الشمس الرملي في نهاية المحتاج. ثانيهما: من تجمعهم نفقة منفق واحد ولو تبرعا، وهذا هو الذي صححه الشهاب الرملي بهامش شرح الروض. قالوا: ومعنى كونها سنة كفاية - مع كونها تسن لكل قادر منهم عليها - سقوط الطلب عنهم بفعل واحد رشيد منهم، لا حصول الثواب لكل منهم، إلا إذا قصد المضحي تشريكهم في الثواب. ومما استدل به على كون التضحية سنة كفاية عن الرجل وأهل بيته حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال: «كنا نضحي بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة». [أخرجه مالك (٢/ ٤٨٦). وقال النووي: هذا حديث صحيح. المجموع، للنووي (٨/ ٣٨٤)] وهذه الصيغة التي قالها أبو أيوب رضي الله عنه تقتضي أنه حديث مرفوع.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٦٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١١٨، ١١٩)، المجموع، للنووي (٨/ ٣٨٣ - ٣٨٦)، ونهاية المحتاج (٨/ ١٢٣)، وتحفة المحتاج (٨/ ١٤١).

قال مشايخنا: وليس وجوب الأضحية كوجوب صدقة الفطر.

والواجبات على مراتب بعضها آكد من البعض؛ ألا ترى أن سجدة التلاوة واجبة عندنا وليس وجوبها كوجوب السجدة الصلبية، وكذلك سجدة السهو، وكذلك صدقة الفطر واجبة وليس وجوبها كوجوب زكاة المال، والوتر من الواجبات عند أبي حنيفة - رحمه الله - وليس وجوبه كوجوب سائر الفرائض، وغسل الميت واجب وليس وجوبه كوجوب غسل الجنابة، والأضحية عندنا، وإن كانت واجبة فليس وجوبها كوجوب صدقة الفطر؛ ألا ترى أن العلماء لم يختلفوا في وجوب صدقة الفطر وقد اختلفوا في وجوب الأضحية.

وروي عن محمد - رحمه الله -: أن من مات وعليه زكاة وصدقة الفطر وأضحية وحجة الإسلام وكفارة اليمين فأوصى بأن يؤدوا عنه، فإنه يجوز ذلك كله من الثلث، فإن [لم](١) يبلغ ذلك ثلث ماله فإنهم إنما يبتدئون(٢) بالآكد فالآكد، وزكاة المال أوجب من صدقة الفطر فيبدأ بالزكاة، وكذلك حجة الإسلام وهو والزكاة [سواء](٣)، وبعدهما يبدأ بصدقة الفطر، وبعد صدقة الفطر يبدأ بالكفارة، وبعدها بالأضحية، وشرط وجوبها اليسار، والإقامة حتى لا يجب على المسافر(٤) ولا على الحاج المحرم، وإن كان من أهل مكة، كذا ذكر(٥) في شرح الطحاوي.

والموسر في ظاهر الرواية: من له مائتا درهم أو عشرون دينارًا، أو شيء يبلغ ذلك سوى مسكنه ومتاع مسكنه ومتاعه ومركوبه وخادمه في حاجته التي [لا يستغني](٦) عنها، فأما ما عدا ذلك من سائمة(٧) أو رقيق أو خيل أو متاع للتجارة أو

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: يبدأون.
(٣) في أ: يبدأ به.
(٤) في م: المسافرين.
(٥) في أ: ذكره.
(٦) في م: استغنى.
(٧) في م: متاعه.

لغيره فإنه يعتد به في يساره.

وإذا كان له عقار ومستغلات[١] ملك، اختلف فيه المتأخرون من مشايخنا في اعتبار الدخل، أو قيمة العقار مائتي درهم.

فالزعفراني والفقيه أبو علي الرازي[٢] [من مشايخنا في اعتبار الدخل قيمتها][٣].

وأبو علي الدقاق وغيره: اعتبر الدخل.

واختلفوا فيما بينهم:

قال أبو علي الدقاق: إن كان يدخل[٤] من ذلك قوت[٥] سنة، فعليه الأضحية.

ومنهم من قال: قوت[٦] شهر، فمتى فضل من ذلك قدر مائتي درهم فصاعدًا فعليه الأضحية.

ومنهم من قال: إن كان غلته تكفيه وتكفي عياله فهو موسر، وإن كان لا يكفيه ولا يكفي عياله فهو معسر.

وإن كان العقار وقفًا عليه ينظر: إن كان قد وجب له معلوم في [الأوقاف هل يكون به غنيًا][٧] في أيام الأضحية[٨]؟ قدر مائتي درهم فعليه الأضحية، وإلا فلا أضحية عليه.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا تجب الأضحية إلا على من له مائتا درهم فصاعدًا، فعلى هذه الرواية سوى بين غني النصاب وبين غني الأضحية، وعلى ظاهر الرواية فرق.

---

(١) في م: ومستعملات.
(٢) في أ، ب: اعتبر.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: الرجل.
(٥) في أ: فوق.
(٦) في أ: فوق.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: أخر.
(٩) في م: معتبرة.

والمرأة تعتبر[(١)] موسرة بالمهر إذا كان الزوج مليًا عندهما.

وعلى قول أبي حنيفة الآخر: لا تعتبر موسرة بذلك.

قيل: هذا الخلاف[(٢)] بينهم في المعجل الذي يقال بالفارسية (دست همان)[(٣)]، وأما المؤجل الذي يسمى بالفارسية (كاهي)[(٤)]، فالمرأة لا تعتبر موسرة بذلك بالإجماع.

وفي الأجناس: إن كان خبازًا عنده حنطة [قيمتها مائتا درهم يخبز بها، أو ملح][(٥)] قيمتها مائتا درهم، أو قصارا عنده صابون أو أشنان قيمته مائتا درهم، فعليه الأضحية.

وإن كان له مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن أن يقرأ منه، فلا أضحية عليه، سواء كان يقرأ منه أو يتهاون ولا يقرأ ولا يستعمله، وإن كان لا يحسن أن يقرأ منه، فعليه الأضحية، وإن كان له ولد صغير حبس المصحف ليسلمه الأستاذ فيعلمه، فعليه الأضحية.

وكتب العلم والحديث مثل مصحف القرآن، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(١) في م: الاختلاف.
(٢) في م: سمان.
(٣) في م: كانبي.
(٤) سقط في م.

الفصل الثاني
في بيان وقت الأضحية

وقت الأضحية ثلاثة أيام، اليوم العاشر والحادي عشر والثاني عشر من ذي الحجة، فإذا غربت الشمس من اليوم الثاني عشر لا تجوز الأضحية بعد ذلك، وأفضلها أولها.

قال علي - رضي الله عنه -: النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها[(١)]، والليل والنهار في

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص (٧/ ٣٣١)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٨٩)، البناية شرح الهداية (١٢/ ٢٨).

واختلف العلماء في أيام الأضحى مع إجماعهم، كما قال ابن عبد البر في (استذكاره): إنَّ الأضحى بعد انسلاخ ذي الحجة على أقوال: أحدها: يوم النحر ويومان بعده، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأنس ذكره ابن القصار، وذكره ابن وهب عن ابن مسعود، وعبارة ابن حزم في إيراد أثر علي: النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها. ثانيها: كذلك وزيادة يوم آخر فصارت أربعة، وهو قول عطاء والحسن البصري والأوزاعي والشافعي وأبي ثور، وروي ذلك عن علي وابن عباس قالا: أيام النحر: الأيام المعلومات. وعبارة ابن حزم عن ابن عباس: الأيام المعلومات: يوم النحر وثلاثة أيام بعده، ثم قال: كذا في كتابي، ولا أدري لعله وهم.

قال ابن بطال: وهو اختلاف من قولهما. وقال عطاء: النحر أربعة أيام إلى آخر أيام التشريق. وفي رواية: النحر ما دامت الفساطيط بمنى. وقال الحسن: النحر يوم النحر وثلاثة أيام بعده، حكى هذا كله ابن حزم، ثم قال: وعن الزهري فيمن نسي أن يضحي يوم النحر: لا بأس أن يضحي أيام التشريق، قال: وقال عمر بن عبد العزيز: الأضحى أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده.

وقال ابن بطال: وليس عن الصحابة غير هذين القولين، وبهما قال أئمة الفتوى وللتابعين فيها شذوذ نذكره.

وكذا قال ابن عبد البر في (استذكاره): لا يصح عندي في هذِه المسألة إلا قولان: الذي ذهب إليه أبو حنيفة ومالك، والذي ذهب إليه الشافعي لأنهما رويا عن جماعة من الصحابة. ثالثها: يوم واحد وهو يوم النحر، وهو قول ابن سيرين وعليه ترجم البخاري، وحكاه ابن حزم عن حميد بن عبد الرحمن أنه كان لا يرى النحر إلا يوم النحر، وهو قول أبي سليمان. رابعها: يوم واحد في الأمصار، وفي منى ثلاثة أيام، وهو قول سعيد بن جبير وجابر بن زيد. خامسها: يوم النحر وستة أيام بعده وهو قول قتادة. سادسها: عشرة أيام حكاه ابن التين. سابعها: وهو أغربها أنه إلى آخر يوم من ذي الحجة، روي عن الحسن البصري، قال ابن التين: ويؤثر عن عمر بن عبد العزيز أيضًا، ونقله ابن حزم عن =

ذلك سواء.

قالوا: المراد منه ليلة اليوم الثاني وليلة اليوم الثالث، حتى[١] لو ضحى في الليلة [الأولى][٢] لا يجزئه.

قال في الأجناس: أول وقت الأضحية لأهل السواد طلوع الفجر الثاني من يوم النحر، وفي حق أهل المصر عند فراغ الإمام من صلاة العيد يوم النحر، وآخر وقت الذبح يستوي فيه أهل السواد وأهل المصر.

قال ثمة[٣]: والوقت المستحب لذبح الأضحية في حق أهل السواد بعد طلوع الشمس، وفي حق أهل المصر بعد خطبة الإمام[٤].

= سليمان بن يسار وأبي سلمة بن عبد الرحمن قال: الأضحى إلى هلال المحرم لمن استأنى بذلك. وهذِه الأقوال لا أصل لها في السنة ولا في أقوال الصحابة، كما قال ابن بطال: وليس استدلال من استدل من قوله ﷺ: «أَلَيْسَ يَوْمَ النَّحْرِ» لا يكون نحر ولا ذبح في غيره بشيء؛ لأن النحر في أيام منى، قد نقله الخلف عن السلف وجرى عليه العمل في جميع الأمصار فلا حجة مع من خالفه.

وفي صحيح أبي حاتم ابن حبان من حديث جبير بن مطعم - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «كل فجاج مكة منحر وفي كل أيام التشريق ذبح» [صحيح ابن حبان (٩/ ١٦٦) (٣٨٥٤)].

ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر (١٥/ ١٩٧ - ٢٠١، ٢٠٥)، المحلى، لابن حزم (٧/ ٣٧٧، ٣٧٨)، شرح ابن بطال (٦/ ١٣، ١٤).

(١) في م: الثاني والثالث.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: أيضا.

(٤) قال الحنفية: يدخل وقت التضحية عند طلوع فجر يوم النحر، وهو يوم العيد، وهذا الوقت لا يختلف في ذاته بالنسبة لمن يضحي في المصر أو غيره. لكنهم اشترطوا في صحتها لمن يضحي في المصر أن يكون الذبح بعد صلاة العيد، ولو قبل الخطبة، إلا أن الأفضل تأخيره إلى ما بعد الخطبة، وإذا صليت صلاة العيد في مواضع من المصر كفى في صحة التضحية الفراغ من الصلاة في أحد المواضع.

وإذا عطلت صلاة العيد ينتظر حتى يمضي وقت الصلاة بأن تزول الشمس، ثم يذبح بعد ذلك. وأما من يضحي في غير المصر فإنه لا تشترط له هذه الشريطة، بل يجوز أن يذبح بعد طلوع فجر يوم النحر، لأن أهل غير المصر ليس عليهم صلاة العيد.

وإذا كان من عليه الأضحية مقيما في المصر، ووكل من يضحي عنه في غيره أو =

....

= بالعكس، فالعبرة بمكان الذبح لا بمكان الموكل المضحي، لأن الذبح هو القربة. وقال المالكية، وهو أحد أقوال الحنابلة: إن أول وقت التضحية بالنسبة لغير الإمام هو وقت الفراغ من ذبح أضحية الإمام بعد الصلاة والخطبتين في اليوم الأول، وبالنسبة للإمام هو وقت الفراغ من صلاته وخطبته، فلو ذبح الإمام قبل الفراغ من خطبتيه لم يجزئه، ولو ذبح الناس قبل الفراغ من ذبح أضحية الإمام لم يجزئهم، إلا إذا بدؤوا بعد بدئه، وانتهوا بعد انتهائه أو معه. وإذا لم يذبح الإمام أو توانى في الذبح بعد فراغ خطبتيه بلا عذر أو بعذر تحرى الناس القدر الذي يمكن فيه الذبح، ثم ذبحوا أضاحيهم، فتجزئهم وإن سبقوه لكن عند التواني بعذر، كقتال عدو أو إغماء أو جنون يندب انتظاره حتى يفرغ من تضحيته، إلا إذا قرب زوال الشمس فينبغي للناس حينئذ أن يضحوا ولو قبل الإمام. ثم إن لم يكن في البلد إلا نائب الإمام الحاكم أو إمام الصلاة فالمعتبر نائب الإمام، وإن كان فيها هذا وذاك، وأخرج نائب الإمام أضحيته إلى المصلى فهو المعتبر، وإلا فالمعتبر إمام الصلاة، فإن لم يكن هذا ولا ذاك تحروا تضحية إمام أقرب البلاد إليهم إن كان واحدا، فإن تعدد تحروا تضحية أقرب الأئمة لبلدهم. وقال الشافعية، وهو أحد أقوال للحنابلة: يدخل وقت التضحية بعد طلوع الشمس يوم عيد النحر بمقدار ما يسع ركعتين خفيفتين وخطبتين خفيفتين، والمراد بالخفة الاقتصار على ما يجزئ في الصلاة والخطبتين. قالوا: وإنما لم تتوقف صحة التضحية على الفراغ من صلاة الإمام وخطبتيه بالفعل لأن الأئمة يختلفون تطويلا وتقصيرا، فاعتبر الزمان ليكون أشبه بمواقيت الصلاة وغيرها، وأضبط للناس في الأمصار والقرى والبوادي، وكان النبي ﷺ يصلي صلاة عيد الأضحى عقب طلوع الشمس. والأفضل تأخير التضحية عن ارتفاع الشمس قدر رمح بالمقدار. وذهب الحنابلة في قول ثالث لهم وهو الأرجح، إلى أن وقتها يبتدئ بعد صلاة العيد ولو قبل الخطبة لكن الأفضل انتظار الخطبتين. ولا يلزم انتظار الفراغ من الصلاة في جميع الأماكن إن تعددت، بل يكفي الفراغ من واحدة منها، وإذا كان مريد التضحية في جهة لا يصلى فيها العيد - كالبادية وأهل الخيام ممن لا عيد عليهم - فالوقت يبتدئ بعد مضي قدر صلاة العيد من ارتفاع الشمس قدر رمح. وإذا فاتت صلاة العيد بالزوال في الأماكن التي تصلى فيها ضحوا من حين الفوات.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن أيام التضحية ثلاثة، وهي يوم العيد، واليومان الأولان من أيام التشريق، فينتهي وقت التضحية بغروب شمس اليوم الأخير من الأيام المذكورة، وهو ثاني أيام التشريق. واحتجوا بأن عمر وعليا وأبا هريرة وأنسا وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أخبروا أن أيام النحر ثلاثة. ومعلوم أن المقادير لا يهتدى إليها بالرأي، فلا بد أن يكون هؤلاء الصحابة الكرام أخبروا بذلك سماعا. وقال الشافعية - وهو القول الآخر للحنابلة واختاره ابن تيمية - أيام التضحية أربعة، تنتهي بغروب شمس اليوم الثالث من أيام التشريق، وهذا القول مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أيضا، ومروي كذلك عن جبير بن مطعم رضي الله عنه، وعن عطاء والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن موسى الأسدي ومكحول. وحجة =

ولو ذبح [بعد الصلاة][(١)] قبل الخطبة، جازت ذكاته.

في الإملاء: محمد بن الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: ولو ذبح بعد أن يتشهد الإمام قبل أن يسلم، جاز أضحيته وقد أساء، وقبل أن يتشهد الإمام، لا يجوز.

وفي الحاوي: لو ذبح بعد ما تشهد الإمام قبل أن يسلم، لا يجوز، وفي رواية: جاز، وقد أساء.

قال ثمة: والأول أصح.

وفي أضاحي الزعفراني: لو ضحى بعدما قعد الإمام قدر التشهد لم يجزه عندنا، وعند الحسن يجزئه.

وإذا استخلف الإمام من يصلي بالضعفة في المسجد الجامع وخرج بنفسه إلى الجبانة [مع الأقوياء، فضحى رجل بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة قبل أن يفرغ أهل المسجد][(٢)].

قيل: في هذه الصورة، يجوز قياسًا واستحسانًا.

وقيل: القياس والاستحسان فيهما واحد.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا ضحى رجل من الفريق الذي صلى، فأما إذا ضحى رجل من الفريق الذي لم يصل، لم يجز قياسًا واستحسانًا.

وفي أضاحي الزعفراني - رحمه الله -: إذا ضحى رجل من الناحية التي صلى

= القائلين بهذا قوله عليه الصلاة والسلام: «كل أيام التشريق ذبح» [أخرجه ابن حبان في موارد الظمآن، ص (٢٤٩)، وأحمد (٤/ ٨٢) وقال الهيثمي: ورجاله موثقون (٣/ ٢٥١)].

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٧٣ - ٧٥)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١٢٠)، المجموع، للنووي (٨/ ٣٨٧ - ٣٩١)، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج (٤/ ٢٩٤، ٢٩٧)، المغني، لابن قدامة (١١/ ١١٣ - ١١٥)، ومطالب أولي النهى (٢/ ٤٧٠)، نيل الأوطار (٣/ ٢٩٣).

(١) سقط في م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين: والقياس ألا يجوز وفي الاستحسان يجوز ذكر القياس والاستحسان في الأصل وإن ضحى بعدما فرغ أهل الجيانة.

فيها أو من الأخرى، جاز.

وذكر في القدوري: لو استخلف الإمام من يصلي بالضعفة في المصر، فصلى أهل إحدى المحلتين أيهما كان، جازت الأضحية، ولم يذكر القياس والاستحسان.

ثم وجوبها بآخر الوقت، حتى إن من كان موسرًا في ابتداء أيام النحر فلم يضح حتى افتقر قبل مضي أيام النحر تسقط عنه الأضحية، وكذا إذا [انتقص في ابتداء أيام النحر][(١)] النصاب.

وإن افتقر بعدما[(٢)] مضي أيام النحر، لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة حتى يلزم[(٣)] الإيصاء بها.

وفي المنتقى: إذا اشترى شاة الأضحية فسافر في أيام النحر قبل أن يضحي بها، فله أن يبيعها.

علل فقال: لأنه صار في حال سقطت عنه الأضحية، أشار إلى الوجوب بآخر الوقت وهو في آخر الوقت مسافر، ولا أضحية على المسافرين [والله أعلم][(٤)].

* * *

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: أنقص.
(٢) في أ: بعد.
(٣) في م: يلزمه.
(٤) سقط في م.

الفصل الثالث
في وجوب الأضحية بالنذر وما هو في معناه

ذكر الزعفراني في أضاحيه[١] أن من قال: [لله][٢] علي أن أضحي بشاة، فإن كان موسرًا فعليه أن يضحي بشاتين، إلا أن يعني به ما يجب عليه، وهذا لأن النذر إيجاب، والإيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهرًا ولكن يحتمل الصرف إلى [عين][٣] الواجب تأكيدًا؛ ألا ترى أن من قال: لله علي حجة كان عليه حجتان: حجة الإسلام، وما يوجبه على نفسه بالنذر إلا إذا عنى بالإيجاب ما هو واجب عليه، كذا هاهنا.

وإن كان فقيرًا، فعليه شاة، فإن أيسر كان عليه شاتان: ما أوجب بالنذر، وما وجب باليسار.

وفي نوادر هشام: عن محمد - رحمه الله -: إذا نذر ذبح شاة، لا يأكل منها الناذر، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل.

وفي النوازل[٤]: رجل أوجب على نفسه عشر أضحيات، لا يلزمه إلا اثنان؛ لأن الأثر جاء بالاثنين، هكذا ذكر في النوازل.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: والمختار أنه يجب؛ لأنه أوجب على نفسه ما لله تعالى من غير[٥] إيجاب.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل اشترى شاة فأوجبها أضحية، فقد وجب عليه موسرًا كان أو معسرًا، هكذا ذكر.

وتكلم المشايخ في قوله: (فأوجبها أضحية) بعضهم قالوا: أراد به: إنه أوجبها

---

(١) في م: إيضاحه.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: النوادر.
(٥) في م: جنسه.

بعد الشراء بفعله بأن قال بعد الشراء: لله علي أن أضحي بهذه الشاة، فالشاة تصير واجبة للأضحية[١] بلا خلاف موسرًا كان الموجب أو معسرًا.

وبعضهم قالوا: أراد به [أنه][٢] اشتراها بنية الأضحية.

وقوله: (فأوجبها) أي: بذلك الشراء، فهذا[٣] إشارة إلى أن الأضحية تجب بالشراء بنية[٤] الأضحية، سواء كان المشتري معسرًا أو موسرًا.

وهذا فصل اختلف فيه الروايات والمشايخ، [فأشار في][٥] الزيادات على قول بعض المشايخ: إنها تصير واجبة للأضحية بنية الشراء، كان المشتري موسرًا أو معسرًا.

وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: إنها لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية، موسرًا كان أو معسرًا.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن المشتري إن كان موسرًا لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات، وإن كان معسرًا ففي ظاهر الرواية رواية أصحابه[٦] - رحمهم الله -: تجب.

وروى الزعفراني عن أصحابنا - رحمهم الله -: أنها لا تجب.

وأشار محمد شمس الأئمة السرخسي في شرحه إلى ما ذكر الزعفراني.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن المشتري إذا كان معسرًا، ففي ظاهر رواية أصحابنا لا تجب عليه بالشراء بنية الأضحية.

وذكر الطحاوي في مختصره: أنها تجب، وأما إذا صرح بلسانه وقت الشراء أنه

---

(١) زاد في أ: تصريح بالإيجاب.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: هذه.
(٤) في م: فيه.
(٥) في م: فإشارة.
(٦) في م: أصحابنا.

اشتراها ليضحي بها؛ ذكر شمس الأئمة الحلواني: أنها تصير واجبة، واتفقوا على أنها بمجرد النية للأضحية لا تصير واجبة، حتى إن من كان له شاة فنوى أن يضحي بهذه الشاة، ولم يذكر بلسانه شيئًا أنها لا تصير واجبة، [حتى إن من كان له شاة للأضحية][(١)] ثم إذا وجبت عليه بإيجابه صريحًا أو بالشراء بنية الأضحية، إذا كان المشتري فقيرًا على قول من يقول به فقبل أن يذبحها تصدق بعينها على المساكين، فإن تصدق في أيام النحر فعليه مثلها مكانها؛ لأن الواجب عليه التضحية والإراقة، وإنما ينتقل إلى الصدقة إذا وقع اليأس عن التضحية والإراقة بمضي هذه الأيام، [فقبل مضي][(٢)] هذه الأيام بقيت الإراقة واجبة، فإذا تصدق بها، فقد فوت ما وجب عليه فيلزمه مثلها، وإن لم يشتر مثلها حتى مضت أيام النحر يتصدق بقيمتها؛ لأنه وقع اليأس عن التضحية والإراقة؛ لأن الإراقة إنما عرفت قربة في زمان مخصوص فسقط بمضي ذلك الزمان كتكبيرات التشريق والوقوف بعرفة وما أشبه ذلك، وإذا وقع اليأس عن[(٣)] الإراقة انتقلت[(٤)] القربة إلى الصدقة، ولا تجزئ الصدقة الأولى التي كانت في أيام النحر؛ لأنه تصدق قبل الوجوب، وقبل وجوب سبب الوجوب فلا يجزئه عما يلزمه من التصدق بعد ذلك، ولو لم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها ولم يذبحها حتى مضت أيام النحر[(٥)] تصدق بعينها حية؛ [لأنه][(٦)] وقع اليأس عن التقرب بالإراقة وقد بقي العين مستحق الصرف إلى الله تعالى، والتصدق طريق لذلك فيلزمه التصدق، وإن تصدق [بقيمتها أجزأه أيضًا؛ لأن الواجب هنا التصدق بعينها، والتصدق][(٧)] بقيمتها مثل التصدق بعينها فيما هو المقصود فيجوز.

---

(١) في م: للأضحية.
(٢) في م: فقيل بمضي.
(٣) في م: من.
(٤) في م: انقلبت.
(٥) في م: التشريق.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

فإن ذبح وتصدق بقيمتها[1] كان عليه أن يتصدق بنقصان الذبح إن كان قيمتها بعد الذبح أقل من قيمتها قبل الذبح؛ لأن الحق تعلق بعينها حية فما انتقص عنها بفعله يكون مضمونًا عليه، فإن لم يذبحها [ولم يتصدق][2] بعينها ولا بقيمتها حتى جاء أيام [النحر][3] من قابل لا يجزئه الذبح عما لزمه في السنة الأولى، وكان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها، وإنما كان لأن الإراقة إنما عرفت قربة [بالشرع، والشرع جعل هذه الأيام محلاً لقربة تتأدى فيها إذا لا لقربة تتأدى فيها هنا فصار الذبح في هذه الأيام قضاء، وفي غيرها من الأيام سواء، وإذا لم يجز الذبح][4] تعينت الصدقة، ولأن القربة [لما انقلبت][5] إلى الصدقة بمضي أيام النحر من السنة الأولى صار كأنه قال: لله عليَّ أن أتصدق بهذه الشاة، ولو قال هكذا لم يجزه أن يذبحها ولكن يتصدق بها حية أو بقيمتها، كذا هاهنا، [والله أعلم][6].

* * *

(١) في م: بلحمها.
(٢) في م: ولا تصدق.
(٣) سقط في م.
(٤) بدل ما بين المعقوفين: بالذبح.
(٥) في م: إنما انتقلت.
(٦) سقط في م.

الفصل الرابع

إذا صلى الإمام بغير وضوء سهوًا وفاتت الصلاة بسبب من الأسباب أو صلى يوم عرفة سهوًا، أو وقع الشك في يوم الأضحى

في الأجناس: لو صلى الإمام صلاة العيد على غير وضوء ولم يعلم به حتى ذبح الناس، جازت أضحيتهم، سواء علموا قبل تفرق الناس، أو بعد تفرقهم.

ومتى علم الإمام بذلك ونادى للصلاة ليعيدها، فمن ذبح قبل أن يعلم ذلك - يعني بذلك الإمام - أجزأه، ومن [ذبح](١) بعد العلم إن ذبح قبل الزوال لا يجوز، وإن ذبح بعد الزوال جاز؛ لأنه مضى وقت الإعادة.

في الواقعات: إذا أخر الإمام يوم العيد الصلاة فينبغي للناس أن يؤخروا التضحية إلى وقت الزوال؛ لأن قبل ذلك الصلاة مرجوة(٢)، فإن فاتت الصلاة إما سهوًا وإما عمدًا جاز لهم التضحية في هذا اليوم، فإن خرج الإمام إلى الصلاة من الغد [أو بعد الغد](٣) فضحى الناس قبل أن يصلي الإمام أو بعد ما صلى جاز؛ لأن الشمس إذا زالت في اليوم الأول فات الوقت المسنون وإنما يصلي الإمام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء، فلا يظهر ذلك في حق التضحية.

في الأجناس: لو ترك أهل المصر صلاة العيد لفتنة أو لعدم الأمر من قبل السلطان، لا تجوز الأضحية إلا بعد الزوال، وفي اليوم الثاني والثالث، يجوز قبل الزوال.

وفي الحاوي: قيل: لا يجوز في اليوم الثاني والثالث أيضا إلا بعد الزوال.

قال صاحب الحاوي: قال القاضي الإمام علي السغدي - رحمه الله -: الأول أشبه، جمعا بين ما إذا ترك الصلاة لفتنة وقعت في المصر وبين ما إذا لم [يكن](٤)

(١) سقط في م.
(٢) في م: مؤخرة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

ثمة أمر من قبل السلطان، وأجاب بجواب واحد فيهما: أنه لا يجوز الأضحية، في هذا اليوم إلا بعد الزوال.

وفي الواقعات: لو أن بلدة وقعت فيها فترة ولم يبق فيها والٍ ليصلي بهم [صلاة][(١)] العيد فضحوا بعد طلوع الفجر، جاز؛ لأن البلدة في هذا الحكم صار كالسواد.

وفي أضاحي الزعفراني: إذا وقعت فتنة في المصر ولم يكن لها إمام من قبل السلطان يصلي بهم صلاة العيد، القياس: أن يكون وقت الأضحية لهم بعد طلوع الفجر.

وفي الاستحسان: بعد زوال الشمس.

[وفيه أيضًا: لو ذبح أضحية بعد زوال الشمس][(٢)] من يوم عرفة، ثم تبين أنه يوم النحر، جازت عن الأضحية؛ لأنه تبين أنه ضحى في وقته، ولو ذبح قبل الصلاة وهو [يظن][(٣)] أنه يوم النحر، [جازت عن الأضحية؛ لأنه][(٤)] تبين أنه [ضحى في][(٥)] اليوم الثاني، أجزأه عن التضحية[(٦)] أيضًا لما ذكرنا.

في النوازل: الإمام إذا صلى العيد يوم عرفة وضحى الناس، فهذا على وجهين: إما أن يشهد عنده شهود على هلال ذي الحجة، أو لم يشهدوا.

ففي الوجه الأول: جازت الصلاة والتضحية.

وفي الوجه الثاني: لا تجوز الصلاة والتضحية.

ومتى لم يجز، لو ضحى الناس في اليوم الثاني، فهذا على وجهين: إن صلى

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: الأضحية.

الإمام في اليوم الثاني، أو لم يصل.

ففي الوجه الأول: لم يجز.

وفي الوجه الثاني: المسألة على وجهين:

إما أن يضحي قبل الزوال، أو بعد الزوال، فإن ضحى قبل الزوال، فإن كان يرجو أن الإمام يصلي لا يجزئه، وإن كان لا يرجو يجزئه.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا ضحى الناس بعد الزوال يجزئه.

هذا كله إذا تبين أنه يوم عرفة، وأما إذا لم يتبين أنه عرفة لكن شكوا فيه.

ففي الوجه الأول: وهو ما إذا شهدوا عنده، لهم أن يضحوا من الغد من أول الغد.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا لم يشهدوا عنده، الاحتياط أن يضحوا من الغد بعد الزوال.

[في واقعات][(١)] الناطفي: إذا وقع الشك في يوم الأضحى فأحب إلي أن يؤخر [الذبح][(٢)] إلى اليوم[(٣)] الثالث؛ لأنه يحتمل أنه يقع في غير وقته، فإن أخروا فأحب إلي أن يتصدق بذلك كله ولا يأكل، ويتصدق بما بين المذبوح وغير المذبوح؛ لأنه لو وقع في غير وقته لا يخرج عن العهدة إلا بذلك.

وإن اشترى أضحية في اليوم الثالث والمسألة بحالها، ليس عليه شيء؛ لأنه وقع الاحتمال في الوجوب. [والله أعلم][(٤)].

* * *

(١) في م: فواقعات.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يوم.
(٤) سقط في م.

الفصل الخامس
في أضحية الرجل عن أولاده الصغار بماله أو بمالهم
ويدخل فيه أضحية الوصي

وإذا كان الرجل غنيًا وله أولاد صغار، وليس للأولاد مال، فليس عليه أن يضحي عن أولاده في ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما -: يلزمه ذلك.

وعن محمد وزفر - رحمهما الله -: ليس عليه ذلك.

وإن كان للأولاد مال، ذكر شمس الأئمة السرخسي: قال بعض مشايخنا: على الأب والوصي أن يضحي عنه من ماله عند أبي حنيفة - رحمه الله - قال - رحمه الله -: والأصح أنه ليس عليه ذلك.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: يجب في ماله، وإن ضحى عنه الأب [لم يضمن.

وعند محمد - رحمه الله -: لا يجب في ماله، وإن ضحى عنه الأب][١] ضمن.

قال القدوري في شرحه: والصحيح أن يقال: بأن يضحي عنه ويأكل الصبي [منه][٢] ما يمكنه ويبتاع بالباقي ما ينتفع بعينه على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح الأضاحي[٣] للزعفراني: أنه إذا كان للأولاد[٤] مال ففي ظاهر الرواية لا يجب على الأب والوصي أن يضحي من ماله، وإن فعل الأب والوصي ذلك ضمن [ذلك][٥].

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: أن على الأب

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الإيضاح.
(٤) في م: للولد.
(٥) سقط في م.

والوصي أن يضحي من ماله، وعند محمد وزفر - رحمهما الله -: ليس عليه ذلك، فإن فعل الأب والوصي ذلك، فعلى قول محمد وزفر على رواية الحسن: يجب الضمان، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: [فالأب][١] لا يضمن بلا خلاف على كل حال.

وفي الوصي اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: إن كان الصبي يأكل فلا ضمان على الوصي، وإن كان لا يأكل فعليه الضمان.

وفرق هذا القائل بين الأب والوصي من حيث إن تصرف الوصي إنما ينفذ على الصغير إذا كان للصغير فيه نفع ظاهر، وإنما يكون نفعًا ظاهرًا إذا كان الصبي يأكل، أما تصرف الأب فإنه لا ينفذ إذا كان ضارا ولا ضرر ههنا.

ومنهم من قال: لا ضمان على الوصي على كل حال، كما لا ضمان على الأب.

قال - رحمة الله عليه -: وعليه الفتوى. [والله أعلم][٢].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

الفصل السادس
في التضحية عن الغير
وفي تضحية شاة الغير، وفي ذبح أضحية الغير

ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا ضحى بشاة عن غيره بأمر ذلك الغير أو بغير أمره، لا يجوز؛ لأنه لا يمكن تجويز التضحية عن الغير إلا بإثبات الملك لذلك الغير في الشاة[١]، ولن يثبت الملك له في الشاة إلا بالقبض، ولم يوجد قبض الغير[٢] ههنا لا بنفسه ولا بنائبه.

وفي أضاحي الزعفراني: إذا ضحى الرجل ببقرة عن نفسه وعن ستة أولاد[٣]، فإن كانوا صغارًا أجزأه وأجزأهم، وإن كانوا كبارًا: إن فعل ذلك بأمرهم فكذلك، وإن عدم الأمر لم يجزه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: يجوز عن البنين [البالغين][٤] وعن العيال بأمرهم [وبغير أمرهم][٥] استحسانًا.

قال الزعفراني: عندنا لا يجوز، ولعل أبا يوسف ذهب إلى أن العادة إذا جرت من الأب في كل سنة صار كالإذن[٦] من الأولاد والعيال للأب استحسانًا، فإن كان على هذا الوجه فالذي استحسن أبو يوسف مستحسن، فهذه المسألة نص، وتعليلها دليل على أن التضحية عن الغير بأمره يجوز.

---

(١) في م: النيابة.
(٢) في م: الأمر.
(٣) في م: أولاده.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) الإذن: مصدر أذن يأذن، وهو لغة: العلم، ومنه قوله تعالي: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، أي: كونوا علي علم، وآذنه الأمر، أي: أعلمه، وجاء بمعني الإباحة، ومنه يقال: أذن له في الشيء إذنًا، أي: أباحه له.
ينظر: لسان العرب (١/ ٧٨)، مادة (أذن).

[وفيه أيضًا: سئل نصير عمن يضحي عن الميت، قال: يصنع به كما يصنع بأضحيته، يريد به أن يتناول من لحمه كما يتناول من لحم أضحيته. قيل له: أيصير عن الميت؟][١] قال: الأجر للميت والملك للمضحي. وبه قال محمد بن سلمة، وابن مقاتل، وأبو مطيع، وقال عصام: يتصدق بالكل.

وفي فتاوى الفضلي: أنه سئل عن الأضحية [عن الميت][٢] بغير أمره؟ قال: رأيت من علمائنا أنه لا يتناول.

والرواية في الأجناس، وصورتها: نحروا ناقة عن سبعة وأحدهم ميت ذبح عنه ورثته، فنصيب الستة يأكلونه[٣] ونصيب الميت يتصدق به ولا يأكل ورثته.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي: وعن مشايخ بلخ: أنه يتناول منه. وهو إشارة إلى المسألة المتقدمة، وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته؛ وهذا لأن الذبح في هذه الصورة يقع على ملك الذابح والثواب للميت، ولهذا لو كان على الذابح واحدة سقطت عنه أضحيته، ولو كان الذبح بأمر الميت قال: لا يتناول من لحمه.

وعن مشايخ بلخ: أنه يتناول. قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يتناول[٤].

قال خلف: سألت محمدًا عن الأضحية عن الميت أهي أفضل أم الصدقة؟ قال: إن تصدق بجميعها فالأضحية، وإلا فالصدقة أفضل.

وفي فتاوى أبي الليث: سئل أبو نصر عمن يضحي ويتصدق بلحمه عن أبويه؟ قال: يجوز؛ لأن اللحم ملكه وقد تصدق بملكه عن أبويه فيجوز.

رجل ذبح أضحية غيره بغير علمه[٥] صريحًا، ففي القياس: هو ضامن فلا يجزئ

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يأكلون.
(٤) في م: يتناوله.
(٥) في م: أمره.

الأمر عن أضحيته، وفي الاستحسان: لا ضمان ويجزئ عن أضحية الآمر.

وجه ذلك: أن المالك لما عينها بجهة[١] الذبح صار مستعينًا بكل واحد من التضحية بها في أيام التضحية دلالة؛ لأن ذلك قد يفوته بمضي الوقت واعتراض عارض يمنعه[٢] عن إقامتها، والإذن دلالة وصريحًا سواء.

وأطلق المسألة في الأصل وقيدها في الأجناس بما إذا أضجعها صاحبها للأضحية.

وعلى هذا لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما [أضحية صاحبه][٣] أجزأ كل واحد منهما أضحيته استحسانًا، ويجعل كل واحد منهما ذابحًا أضحية صاحبه بأمره دلالة، فيجوز عن كل واحد [منهما أضحيته، ويأخذ كل واحد][٤] منهما مسلوخه عن صاحبه، فإن كان قد أكلا ثم علما فليحل[٥] كل واحد منهما صاحبه وتجزئهما، وإن تشاحا على ذلك ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته؛ لأن كل واحد منهما [إذا لم يجز صنيع صاحبه لم يمكن إضافة الذبح إليه فيضمن القيمة إن شاء ويتصرف كل واحد منهما][٦] بتلك القيمة إن كان قد انقضت أيام النحر؛ لأن العين لو كان قائمًا[٧] يجب التصدق بعينه، فإذا هلك العين يجب التصدق بالقيمة وإنما قام مقام التصدق بالعين.

وفي فتاوى سمرقند: رجل اشترى خمس شياه أيام الأضحية وأراد أن يضحي بواحدة[٨] منها إلا أنه لم يعينها، فذبح رجل واحدة منها يوم الأضحى بغير أمره بنية

(١) في م: لجهة.
(٢) في م: يمنعها.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: فليحلل.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: فلما
(٨) في م: بواحد.

الأضحية - يعني أضحية صاحب الشاة - فهو ضامن؛ لأن صاحبها لما لم يعينها لم يذبح عنه دلالة.

في المنتقى: رجل غصب أضحية غيره وذبحها عن نفسه وضمن قيمتها[١] لصاحبها، أجزأه ما صنع.

والذبح يخالف الإعتاق، فإن الغاصب إذا أعتق ثم ملكه بأداء الضمان لا ينفذ.

والفرق: أن عند أداء الضمان الملك يثبت للغاصب مستندًا إلى وقت الغصب السابق، والمستند ثابت للحال من وجه، ومن ذلك الوقت من وجه، وكان [ذلك الملك][٢] فيما بين الغصب وأداء الضمان ثابتًا من وجه دون وجه، ومثل هذا الملك لا يكفي لنفاذ العتق ويكفي لنفاذ القرب، وأصله المكاتب إذا أعتق وإذا أحصر وبعث بهدي من كسبه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يجزئه الذبح عن نفسه بأداء الضمان، وقاسه بالإعتاق، وهكذا روى ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: هذا إذا ضمن الغاصب قيمتها للمالك، وإن اختار المالك أخذها مذبوحة، فعلى الذابح أن يعيد الذبح بلا خلاف، ولو كان مكان الغاصب مستودعا والمسألة بحالها، لا يجزئه عن أضحية[٣] أخذها المالك مذبوحة، أو ضمنه قيمتها.

وذكر شيخ الإسلام في [مسألة بيع][٤] المودع الوديعة ما يدل على الجواز ههنا.

ولو كان مكان الغصب استحقاقا وضمنه صاحبه قيمتها، ذكر الزعفراني في أضاحيه أنه يجزئه بلا خلاف.

وذكر الناطفي في أجناسه فصل الاستحقاق ونص أنه: يجزئه في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله-.

---

(١) في م: القيمة.
(٢) في م: للملك.
(٣) في م: أضحيته.
(٤) في م: المسألة مع.

وفي أضاحي الزعفراني: إذا غصب الرجل أضحية الغير وذبحها عن نفسه متعمدًا لذلك، فصاحب الأضحية بالخيار: إن شاء ضمن الذابح قيمتها، وإن شاء أخذها مذبوحة، وأيما اختار لا يجوز عن صاحبها.

قال محمد بن مقاتل الرازي: إذا[1] ضمنه لا يجزئه، وإن أخذها مذبوحة يجزئه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله -؛ لأنه قد نواه فلا يضره ذبح غيره لها.

وعن نصير: فيمن دعا قصابًا ليضحي عنه، فضحى القصاب [عن نفسه][2] قال: [هي][3] للآمر.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أمر [رجل][4] رجلًا أن يذبح شاة [له][5] فلم يذبحها المأمور حتى باعها الآمر، ثم ذبحها، فالمأمور ضامن ولا يرجع بما ضمن على الآمر علم بالبيع أو لم يعلم، أما إذا علم فظاهر، وأما إذا لم يعلم؛ فلأنه ما غيره؛ لأنه حين أمره بالذبح كانت الشاة له.

في واقعات الناطفي، وفي الأجناس: ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أمر الرجل غيره بذبح شاة قد كان الآمر باعها فذبحها المأمور وهو يعلم بالبيع، فإن المشتري يدفع الثمن ويتبع الذابح فيضمنه قيمتها، ولم يكن للذابح أن يرجع على الآمر.

قال: ولو كان لا يعلم بالبيع لم يكن للمشتري أن يضمنه القيمة. علل فقال: لأنه لو ضمنه كان له أن يرجع على الآمر وكأنه هو فعل ذلك فينتقض للبيع.

في النوازل: يسلم غنمه إلى راع[6] فذبح شاة منها فقال: ذبحتها وهي ميتة، وقال

(١) في م: إن.
(٢) في م: لنفسه.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: ذابح.

صاحب الغنم: ذبحتها وهي حية، فالقول قول الراعي؛ لأنه أنكر سبب الضمان ولا يحل أكلها؛ لأنه لم يثبت المبيح وهو الذكاة.

وفيه أيضًا: اشترى أضحية وأمر غيره بذبحها فذبحها وقال: تركت التسمية عمدًا، ضمن الذابح قيمة الشاة؛ لأنه جعلها ميتة، فبعد ذلك ينظر: إن كان أيام الذبح قائمة يشتري بقيمتها أخرى ويضحي بها ويتصدق بلحمها ولا يأكل، وإن لم تكن باقية يتصدق بالقيمة على المساكين. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

الفصل السابع
في الأضحية إذا سرقت أو ضلت

ذكر الزعفراني في أضاحيه: رجل اشترى أضحية، أو أوجبها أضحية فضلت منه، ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية، ثم وجد الأولى، قال: إن كان أوجب أخرى إيجابًا مستأنفًا فعليه أن يضحي بهما، وإن كان أوجبها بدلًا عن الأولى فله أن يذبح أيهما شاء، ولم يفصل بين الغني والفقير.

وفي فتاوى أهل سمرقند: الفقير إذا اشترى أضحية فسرقت فاشترى مكانها أخرى ثم وجد الأولى، فعليه أن يضحي بهما. فرق بينه وبين ما إذا كان غنيا.

وفيه أيضا: الفقير إذا اشترى أضحية[١] فضلت، فليس عليه أن يشتري مكانها أخرى، ولو كان غنيًا فعليه ذلك، وإذا اشترى أضحية [حتى][٢] جاز البيع في ظاهر الرواية - رواية أصحابنا - ثم اشترى مثلها وضحى بها، فإن كانت الثانية مثل الأولى أو خيرًا منها جاز، ولا يلزم شيء آخر، وإن كانت الثانية شرًّا من الأولى فعليه أن يتصدق بفضل القيمتين.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: من أصحابنا من قال: هذا إذا كان الرجل فقيرًا، أما إذا كان الرجل غنيًّا ممن تجب عليه الأضحية، فليس عليه أن يتصدق بفضل القيمة.

قال الشيخ الإمام الزاهد - رحمه الله -: والأصح عندي أن الجواب فيهما سواء. [والله أعلم][٣].

* * *

---

(١) في م: أضحيته.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

الفصل الثامن
في الشركة في الضحايا

يجب أن يعلم بأن الشاة لا تجزئ إلا عن واحد وإن كانت عظيمة، والبقر والبعير كل واحد يجوز عن سبعة إذا كانوا يريدون بها وجه الله تعالى. اختلفت فيه جهات القرب أو اتفقت، وإن كان أحدهم يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم، والتقدير بالسبع لمنع[١] الزيادة.

وإذا اشترى رجل بقرة أو بعيرًا يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة بعد ذلك، القياس: ألا يجزئهم، ويصير الكل لحمًا.

وفي الاستحسان: يجزئهم؛ لأن البقرة قائمة مقام سبع شياه، وكذلك البدنة، فصار شراؤها بنية الأضحية كشراء سبع شياه، [ومن اشترى سبع شياه][٢] بنية الأضحية، ثم باع ستة منها وضحى بالسابع وضحى المشترون بالستة جاز عن الكل، كذا ههنا، وإذا جاز عنه وعن شركائه هل يلزم الذبح بستة الأسباع التي باعها ما بقي الوقت والتصدق بثمنها بعد فوات الوقت؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب.

قال شيخ الإسلام: حكي عن مشايخ بلخ أنهم قالوا: عليه الذبح بستة أسباع بقرة مثل الأول في القيمة يشتري مع غيره فيذبح، أو يشتري ست شياه ويذبح إن كانت قيمتها مثل قيمة ستة أسباع البقرة، غنيًّا كان أو فقيرًا، [ما بقي الوقت؛ لأن الغنى فيما زاد][٣]؛ وهذا لما ذكرنا أن شراء بقرة بمنزلة [شراء][٤] سبع شياه.

ولو اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم باع ستة منها، فإنه يلزمه الذبح بمثل ذلك، غنيًا كان أو فقيرًا ما بقي الوقت؛ لأن الغنى فيما زاد على شاة واحدة، ولا

---

(١) في م: يمنع.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

وجوب[١] فيها والفقير سواء.

[والفقير][٢] إذا اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم[٣] باع ستة منها فإنه يشتري ستة مثلها ويذبحها ما دام الوقت باقيًا، ثم[٤] إن مضى الوقت يتصدق بقيمتها كذا ههنا.

ولو فعل ذلك قبل الشراء كان أحسن؛ لأن الاشتراك بعد الشراء خلف في الوعد وإنه حرام. وفي المناسك لا يسعه أن يشركهم فيها بعد الشراء، إلا أن يريد به حين الشراء أن يشركهم فيها فلا بأس بذلك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: لا أرى بأسًا فيما إذا نوى حين اشترى أن يشاركهم، ولا أحفظ فيه رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله -، وإن لم ينو أن يشاركهم، [ثم أشركهم، فقد ذكره][٥] أبو حنيفة، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله-.

وإذا كان الشركاء في البدنة أو البقرة ثمانية، لم تجزهم؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع، وكذلك إذا كان الشركاء أقل من ثمانية إلا أن نصيب واحد منهم أقل من السبع، بأن مات الرجل وترك امرأة و[٦] ابنًا وبقرة فضحي بها يوم العيد، لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيب الابن أيضًا.

وفي الأضاحي للزعفراني: اشترك ثلاثة نفر في بقرة على أن يدفع أحدهم أربعة دنانير والآخر ثلاثة دنانير والآخر دينار واشتروا بها بقرة على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم وضحوا بها، لم تجز؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع.

---

(١) زاد في أ: فيما.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: و.
(٤) في م: و.
(٥) بدل ما بين المعقوفين: فقد كره.
(٦) في م: أو.

وإن كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها، اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا يجزئهما؛ لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي.

وقال بعضهم: يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد برهان الأئمة - رحمهم الله - وهكذا ذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو محمد الخرشي(١) في مسائله.

وصورة ما ذكره الفقيه الخرشي: إذا اشترك ثلاثة نفر في بقرة على أن [يدفع أحدهم ثلاثة دنانير ونصف، وآخر دينارين ونصف، و(٢) آخر دينارًا(٣) واشتروا بها بقرة على أن](٤) تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم وضحوا بها، جازت الأضحية عنهم، ولأحدهم ثلاثة أسباع ونصف سبع، ولأحدهم سبعان ونصف سبع(٥).

ووجه ذلك: أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية فهي(٦) قربة تبعًا للأضحية، فلا يصير لحمًا، والله أعلم.

* * *

---

(١) في المحيط: محمد الجومسي. وسيأتي بهذا الاسم بعد قليل.
(٢) في أ: أو.
(٣) في المحيط: وآخر دينارين.
(٤) سقط في م.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٩٩).
(٦) في م: فهو.

الفصل التاسع
في بيان ما يجوز [من][(١)] الضحايا، وما لا يجوز
وفي بيان الأفضل والمستحب منها

إذا ذهبت العين الواحدة بكمالها، أو ذهبت الأذن الواحدة بكمالها، أو الإلية، أو الذنب، فإنه لا يجوز عن الأضحية، وإن[(٢)] ذهب بعض هذه الأشياء، فإن كان الذاهب كثيرًا منع جواز الأضحية، وإن كان قليلاً لا يمنع، وتكلموا في حد الفاصل بين القليل والكثير والزائد على النصف، [والنصف][(٣)] كثير بالإجماع[(٤)].

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وإذا.
(٣) سقط في م.
(٤) للتضحية شرائط تشملها وتشمل كل الذبائح. وشرائط تختص بها، وهي ثلاثة أنواع:
نوع يرجع إلى الأضحية، ونوع يرجع إلى المضحي، ونوع يرجع إلى وقت التضحية.
النوع الأول: من شروط الأضحية في ذاتها:
الشرط الأول وهو متفق عليه بين المذاهب: أن تكون من الأنعام، وهي الإبل عرابا كانت أو بخاتي، والبقرة الأهلية ومنها الجواميس، والغنم ضأنا كانت أو معزا، ويجزئ من كل ذلك الذكور والإناث. فمن ضحى بحيوان مأكول غير الأنعام، سواء أكان من الدواب أم الطيور، لم تصح تضحيته به، لقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنسَكًا لِّيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ ولأنه لم تنقل التضحية بغير الأنعام عن النبي ﷺ ولو ذبح دجاجة أو ديكا بنية التضحية لم يجزئ. ويتعلق بهذا الشرط أن الشاة تجزئ عن واحد، والبدنة والبقرة كل منهما عن سبعة، لحديث جابر رضي الله عنه قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة [أخرجه مسلم (٢/ ٩٥٥)]، وهذا مروي عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي وأبو ثور وأكثر أهل العلم، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.
وعن ابن عمر رضي الله عنهما رواية أخرى أنه قال: لا تجزئ نفس واحدة عن سبعة، وقال المالكية: لا يجزئ الاشتراك في اللحم أو الثمن، لا في الشاة ولا في البدنة ولا في البقرة، ولكن تجزئ الأضحية الواحدة التي يملكها شخص واحد أن يضحي بها عن نفسه وعن أبويه الفقيرين وأولاده الصغار، وكذلك يجزئ أن يضحي الإنسان بالأضحية الواحدة التي يملكها وحده ناويا إشراك غيره معه في الثواب، أو ناويا كونها كلها عن غيره.
الشرط الثاني: أن تبلغ سن التضحية، بأن تكون ثنية أو فوق الثنية من الإبل والبقر والمعز، وجذعة أو فوق الجذعة من الضأن، فلا تجزئ التضحية بما دون الثنية من غير =

....

=

الضأن، ولا بما دون الجذعة من الضأن، لقول النبي ﷺ: لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم، فتذبحوا جذعة من الضأن [أخرجه مسلم ٣/ ١٥٥٥)]. والمسنة من كل الأنعام هي الثنية فما فوقها. حكاه النووي عن أهل اللغة. ولقوله ﷺ: "نعمت الأضحية الجذع من الضأن". [أخرجه الترمذي وقال: حسن غريب (سنن الترمذي ٤/ ٨٧، ونصب الراية ٤/ ٢١٦)]. وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في تفسير الثنية والجذعة. وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الجذع من الضأن ما أتم ستة أشهر، وقيل: ما أتم ستة أشهر وشيئا. وأيا ما كان فلا بد أن يكون عظيما بحيث لو خلط بالثنايا لاشتبه على الناظرين من بعيد. والثني من الضأن والمعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين.

وذهب المالكية إلى أن الجذع من الضأن ما بلغ سنة قمرية ودخل في الثانية ولو مجرد دخول، وفسروا الثني من المعز بما بلغ سنة، ودخل في الثانية دخولا بينا، كمضي شهر بعد السنة، وفسروا الثني من البقر بما بلغ ثلاث سنين، ودخل في الرابعة ولو دخولا غير بين، والثني من الإبل بما بلغ خمسا ودخل في السادسة ولو دخولا غير بين. وذهب الشافعية إلى أن الجذع ما بلغ سنة، وقالوا: لو أجذع بأن أسقط مقدم أسنانه قبل السنة وبعد تمام ستة أشهر يكفي، وفسروا الثني من المعز بما بلغ سنتين، وكذلك البقر.

الشرط الثالث: سلامتها من العيوب الفاحشة، وهي العيوب التي من شأنها أن تنقص الشحم أو اللحم إلا ما استثني.

وبناء على هذا الشرط لا تجزئ التضحية بما يأتي: العمياء، والعوراء البيِّن عورها، وهي التي ذهب بصر إحدى عينيها، وفسرها الحنابلة بأنها التي انخسفت عينها وذهبت، لأنها عضو مستطاب، فلو لم تذهب العين أجزأت عندهم، وإن كان على عينها بياض يمنع الإبصار. ومقطوعة اللسان بالكلية. وما ذهب من لسانها مقدار كثير. وقال الشافعية: يضر قطع بعض اللسان ولو قليلا. والجدعاء وهي مقطوعة الأنف. ومقطوعة الأذنين أو إحداهما، وكذا السكاء وهي: فاقدة الأذنين أو إحداهما خلقة وخالف الحنابلة في السكاء. وما ذهب من إحدى أذنيها مقدار كثير، واختلف العلماء في تفسير الكثير، فذهب الحنفية إلى أنه ما زاد عن الثلث في رواية، والثلث فأكثر في رواية أخرى، والنصف أو أكثر، وهو قول أبي يوسف، والربع أو أكثر في رواية رابعة. وقال المالكية: لا يضر ذهاب ثلث الأذن أو أقل. وقال الشافعية: يضر ذهاب بعض الأذن مطلقا. وقال الحنابلة: يضر ذهاب أكثر الأذن. والأصل في ذلك كله حديث: إن النبي ﷺ نهى أن يضحي بعضباء الأذن. [أخرجه أبو داود (٣/ ٢٣٨)، وأحمد (١/ ٨٤)، والترمذي (٤/ ٩٠) وصححه، وقال المنذري: «في تصحيح الترمذي لهذا الحديث نظر. كذا في مختصره (٤/ ١٠٨)] والعرجاء البين عرجها، وهي التي لا تقدر أن تمشي برجلها إلى المنسك - أي المذبح - وفسرها المالكية والشافعية بالتي لا تسير بسير صواحبها. وقال الشافعية: يضر قطع بعض الضرع، ولو قليلا.

=

. . . .

= وقال المالكية: إن التي لا تجزئ هي يابسة الضرع جميعه، فإن أرضعت ببعضه أجزأت. ومقطوعة الألية، وكذا فاقدتها خلقة، وخالف الشافعية فقالوا بإجزاء فاقدة الألية خلقة، بخلاف مقطوعتها. وما ذهب من أليتها مقدار كثير. وقال الشافعية: يضر ذهاب بعض الألية ولو قليلا. ومقطوعة الذنب، وكذا فاقدته خلقة، وهي المسماة بالبتراء، وخالف الحنابلة فيهما فقالوا: إنهما يجزئان. وخالف الشافعية في الثانية دون الأولى. وما ذهب من ذنبها مقدار كثير. وقال المالكية: لا تجزئ ذاهبة ثلثه فصاعدا. وقال الشافعية: يضر قطع بعضه ولو قليلا. وقال الحنابلة: لا يضر قطع الذنب كلا أو بعضا. والمريضة البين مرضها، أي التي يظهر مرضها لمن يراها. والعجفاء التي لا تنقي، وهي المهزولة التي ذهب نقيها، وهو المخ الذي في داخل العظام، فإنها لا تجزئ، لأن تمام الخلقة أمر ظاهر، فإذا تبين خلافه كان تقصيرا. ومصرمة الأطباء، وهي التي عولجت حتى انقطع لبنها. والجلالة، وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها، مما لم تستبرأ بأن تحبس أربعين يوما إن كانت من الإبل، أو عشرين يوما إن كانت من البقر، أو عشرة إن كانت من الغنم. وهذه الأمثلة ذكرت في كتب الحنفية. وهناك أمثلة أخرى للأنعام التي لا تجزئ التضحية بها ذكرت في كتب المذاهب الأخرى.

منها: ما ذكره المالكية حيث قالوا: لا تجزئ البكماء وهي فاقدة الصوت ولا البخراء وهي منتنة رائحة الفم، ولم يقيدوا ذلك بكونها جلالة ولا بينة البشم، وهو التخمة. ولا الصماء وهي التي لا تسمع. ومنها: ما ذكره الشافعية من أن الهيماء لا تجزئ، وهي المصابة بالهيام وهو عطش شديد لا ترتوي معه بالماء، فتهيم في الأرض ولا ترعى. وكذا الحامل على الأصح، لأن الحمل يفسد الجوف ويصير اللحم رديئا. ومنها: ما ذكره الحنابلة من عدم إجزاء العصماء، وهي التي انكسر غلاف قرنها، والخصي المجبوب، وهو ما ذهب أنثياه وذكره معا، بخلاف ذاهب أحدهما. والأصل الذي دل على اشتراط السلامة من هذه العيوب كلها ما صح عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجزئ من الضحايا أربع: العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي». [أخرجه أبو داود (٣/ ٢٣٥)، والنسائي (٧/ ٢١٤)، والترمذي (٤/ ٨٦) ولفظ الترمذي: «لا يضحى بالعرجاء بين ظلعها، ولا بالعوراء بين عورها، ولا بالمريضة بين مرضها، ولا بالعجفاء التي لا تنقي» وقال الترمذي: هذا الحديث حسن صحيح]، وما صح عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «استشرفوا العين والأذن» [أخرجه أحمد (١/ ١٠٨، ١٤٩)، وأبو داود (٣/ ٢٣٧)، والترمذي بلفظ: «أمرنا أن نستشرف العين والأذن» (تحفة الأحوذي ٥/ ٨٢، ٨٣) وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح] أي: تأملوا سلامتها عن الآفات، وما صح عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى أن يضحى بعضباء الأذن. وألحق الفقهاء بما في هذه الأحاديث كل ما فيه عيب فاحش. وأما الأنعام التي تجزئ التضحية بها لأن عيبها ليس بفاحش فهي كالآتي:

الجماء: وتسمى الجلحاء، وهي التي لا قرن لها خلقة، ومثلها مكسورة القرن إن لم يظهر عظم دماغها، لما صح عن علي رضي الله عنه أنه قال لمن سأله عن مكسورة =

. . . .

= القرن: لا بأس، أمرنا أن نستشرف العينين والأذنين. وقد اتفقت المذاهب على إجزاء الجماء، واختلفت في مكسورة القرن، فقال المالكية: تجزئ ما لم يكن موضع الكسر داميا، وفسروا الدامي بما لم يحصل الشفاء منه، وإن لم يظهر فيه دم. وقال الشافعية: تجزئ وإن أدمى موضع الكسر، ما لم يؤثر ألم الانكسار في اللحم، فيكون مرضا مانعا من الإجزاء. وقال الحنابلة: لا تجزئ إن كان الذاهب من القرن أكثر من النصف، وتسمى عضباء القرن. والحولاء، وهي التي في عينها حول لم يمنع البصر. والصمعاء، وهي الصغيرة إحدى الأذنين أو كليهما.

وخالف المالكية فقالوا: لا يجزئ الصمعاء، وفسروها بالصغيرة الأذنين جدا، كأنها خلقت بدونهما. والشرقاء وهي مشقوقة الأذن، وإن زاد الشق على الثلث. وقال المالكية: لا تجزئ إلا إن كان الشق ثلثا فأقل. والخرقاء وهي مثقوبة الأذن، ويشترط في إجزائها ألا يذهب بسبب الخرق مقدار كثير. والمدابرة وهي التي قطع من مؤخر أذنها شيء ولم يفصل، بل ترك معلقا، فإن فصل فهي مقطوعة بعض الأذن وقد سبق بيان حكمها. والهتماء وهي التي لا أسنان لها، لكن يشترط في إجزائها ألا يمنعها الهتم عن الرعي والاعتلاف، فإن منعها عنهما لم تجزئ. وهو مذهب الحنفية. وقال المالكية: لا تجزئ مكسور سنين فأكثر أو مقلوعتهما، إلا إذا كان ذلك لإثغار أو كبر، أما لهذين الأمرين فتجزئ. وقال الشافعية: تجزئ ذاهبة بعض الأسنان إن لم يؤثر نقصا في الاعتلاف، ولا ذاهبة جميعها ولا مكسورة جميعها، وتجزئ المخلوقة بلا أسنان. وقال الحنابلة: لا تجزئ ما ذهب ثناياها من أصلها، بخلاف ما لو بقي من الثنايا بقية. والثولاء وهي المجنونة، ويشترط في إجزائها ألا يمنعها الثول عن الاعتلاف، فإن منعها منه لم تجزئ، لأن ذلك يفضي إلى هلاكها. وقال المالكية والشافعية: لا تجزئ الثولاء، وفسرها المالكية بأنها الدائمة الجنون التي فقدت التمييز بحيث لا تهتدي لما ينفعها ولا تجانب ما يضرها، وقالوا: إن كان جنونها غير دائم لم يضر. وفسرها الشافعية بأنها التي تستدير في المرعى، ولا ترى إلا قليلا، فتهزل. والجرباء السمينة، بخلاف المهزولة. وقال الشافعية: لا تجزئ الجرباء مطلقا. والمكوية وهي التي كويت أذنها أو غيرها من الأعضاء. والموسومة وهي: التي في أذنها سمة. والعاجزة عن الولادة لكبر سنها. والخصي وإنما أجزأ، لأن ما ذهب بخصائه يعوض بما يؤدي إليه من كثرة لحمه وشحمه، وقد صح وأن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوءين [أخرجه أحمد (٦/ ٨) وأورده الهيثمي في المجمع (٤/ ٢١) وقال: إسناده حسن] أي: مرضوضي الخصيتين، ويلحق بالمرض الخصاء، لأن أثرهما واحد.

وقد اتفقت على إجزائه المذاهب الأربعة. وحكى صاحب (المغني) الإجزاء عن الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي. وكالخصي الموجوء وهو المرضوض الخصية. وهذا متفق عليه بين المذاهب. والمجبوب وهو ما قطع ذكره وسبق قول الحنابلة أن المجبوب الخصي - وهو: ما ذهب أنثياه وذكره معا - لا يجزئ، بخلاف ذاهب أحدهما فقط، والمجزوزة وهي التي جز صوفها. والساعلة وهي

=

....

= التي تسعل - بضم العين - ويجب تقييد ذلك بما لم يصحبه مرض بين. هذه الأمثلة ذكرها الحنفية وجاء في كتب غيرهم أمثلة أخرى لما يجزئ. ومنها: ما صرح به المالكية من أن المقعدة - وهي العاجزة عن القيام لكثرة الشحم عليها - تجزئ. ومنها: ما ذكره الشافعية من أن العشواء تجزئ، وهي التي تبصر بالنهار دون الليل، وكذا العمشاء وضعيفة البصر. وكذا التي قطع منها قطعة صغيرة من عضو كبير، كالتي أخذ الذئب مقدارا قليلا من فخذها، بخلاف المقدار البين الذي يعد كثيرا بالنسبة لجميع الفخذ. ولو اشترى رجل شاة بنية الأضحية فعجفت عنده عجفا بينا لم تجزئه، إن كان عند الشراء موسرا مقيما، وكان شراؤه إياها في وقت الوجوب، لما سبق من أن شراءه للأضحية لا يوجبها، لأنه تجب عليه أضحية في ذمته بأصل الشرع، وإنما أقام ما اشتراه مقام ما في الذمة، فإذا نقص لم يصلح لهذه الإقامة فيبقى ما في ذمته بحاله. فإن كان عند الشراء فقيرا، أو غنيا مسافرا، أو غنيا مقيما، واشتراها قبل وقت النحر، أجزأته في هذه الصور كلها، لأنه لم تكن في ذمته أضحية واجبة وقت الشراء، فكان الشراء بنية التضحية إيجابا لها بمنزلة نذر الأضحية المعينة، فكان نقصانها كهلاكها يسقط به إيجابها. ويعلم من هذا أن الفقير أو الغني لو أوجب على نفسه بالنذر أضحية غير معينة، ثم اشترى شاة بنية التضحية، فتعيبت، لم تجزئ، لأن الشراء في هذه الحالة ليس إيجابا، وإنما هو إقامة لما يشتريه مقام الواجب. ومن شرط الإقامة السلامة، فإذا لم تجزئ إقامتها مقام الواجب بقي الواجب في ذمته كما كان. وكالشاة التي عجفت بعد الشراء، كل النعم التي يحدث لها بعد الشراء عيب مخل، أو تموت، أو تسرق، ولو قدم المضحي أضحية ليذبحها، فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه، فانكسرت رجلها، أو انقلبت فأصابتها الشفرة في عينها فاعورت أجزأته، لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه، لأن الشاة تضطرب عادة، فتلحقها العيوب من اضطرابها. هذا مذهب الحنفية. وذهب المالكية إلى أن الأضحية المعينة بالنذر أو بغيره إذا حدث بها عيب مخل لم تجزئ، وله التصرف فيها بالبيع وغيره، وعليه التضحية بأخرى إن كانت منذورة، ويسن له التضحية بأخرى إن لم تكن منذورة. هذا إن تعيبت قبل الإضجاع للذبح، أما لو تعيبت بعد الإضجاع له فيجزئ ذبحها. وقال الشافعية: من أوجب أضحية معينة بالنذر أو الجعل، ثم طرأ عليها - عيب يمنع إجزاءها قبل دخول الوقت الذي تجزئ فيه التضحية، أو بعد دخوله وقبل تمكنه من الذبح، ولم يقع منه تفريط ولا اعتداء - لم يلزمه بدلها، لزوال ملكه عنها من حين الإيجاب، ويلزمه أن يذبحها في الوقت ويتصدق بها كالأضحية، وإن لم تكن أضحية. وإذا طرأ العيب باعتدائه أو تفريطه أو تأخره عن الذبح في أول الوقت بلا عذر لزمه ذبحها في الوقت والتصدق بها، ولزمه أيضا أن يضحي بأخرى لتبرأ ذمته. ولو اشترى شاة وأوجبها بالنذر أو الجعل، ثم وجد بها عيبا قديما، فليس له أن يردها على البائع، لأنه زال ملكه عنها بمجرد الإيجاب، فيتعين أن يبقيها، وله أن يأخذ أرش النقص من البائع، ولا يجب عليه التصدق به، لأنه ملكه، وعليه أن يذبحها في الوقت، ويتصدق بها كلها لشبهها بالأضحية، وإن لم تكن أضحية، ويسقط عنه الوجوب بهذا =

وما دون النصف فوق الثلث كثير عند أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وعندهما: قليل.

وفي الثلث وما دونه، اختلفت الروايات[1] عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -، ذكر في ظاهر الرواية: أن الثلث وما دونه قليل، وفي رواية أخرى: الربع فما فوقه كثير، وما دونه قليل، وهذه الجملة في شرح شيخ الإسلام.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه عن أبي يوسف أنه قال: ذكرت قولي لأبي حنيفة - رضي الله عنه - فقال: قولي مثل قولك، ثم في حق الغني لا فرق بين أن يشتريها وهي عوراء وبين أن يشتريها وهي صحيحة، فصارت عوراء عنده، لا يجزئه عن الأضحية في الوجهين جميعًا، وأما الفقير إذا اشتراها وهي عوراء أو اشتراها صحيحة فأوجبها [أضحية][2] فصارت عوراء عنده، يجوز، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه.

وأشار إلى المعنى فقال: في حق الغني: الواجب في الذمة بصفة الكمال فلا

= الذبح، ويسن له أن يردفها بسليمة، لتحصل له سنة التضحية. ولو زال عيبها قبل الذبح لم تصر أضحية إذ السلامة لم توجد إلا بعد زوال ملكه عنها. ومن عين شاة ليضحي بها من غير إيجاب بنذر ولا جعل، فطرأ عليها عيب مخل بالإجزاء لم تجزئ التضحية بها، ولا فرق في طروء العيب بين كونه عند الذبح أو قبله، فلو أضجع شاة ليضحي بها وهي، سليمة فاضطربت، وانكسرت رجلها، أو عرجت تحت السكين لم تجزئه على الأصح عند الشافعية. ومذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية، إلا أنهم يقولون: إن الواجبة لا يجب التصدق بجميعها بل ببعضها، كما أنهم يقولون بإجزاء التضحية إذا عين شاة صحيحة للتضحية، ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٦٩، ٧٥ - ٧٦)، والهداية تكملة فتح القدير (٨/ ٧٦)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٢١١-٢١٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١١٩-١٢٠، ١٢٥)، وبلغة السالك (١/ ٣٠٩)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٤/ ٢٩٥-٢٩٦)، والمجموع، للنووي (٨/ ٨٩٤، ٣٩٨، ٤٠٠)، وتحفة المحتاج (٨/ ١٥٢ - ١٥٦)، والمغني، لابن قدامة (١١/ ٩٦، ٩٩ - ١٠٠، ١٠٢-١٠٣، ١٠٧ - ١١٨)، مطالب أولي النهى (٢/ ٤٦٥).

(١) في م: الرواية.

(٢) سقط في م.

يتأدى بالناقص، أما في حق الفقير: الواجب متعلق بالعين فيتأدى بالعين على أي صفة كانت.

قال: وعن هذا قلنا: إن أضحية الفقير إذا ماتت عنده أو سرقت، فلا شيء عليه، وفي الغني يجب بدلها، فإن أصابها شيء من العيوب في اضطرابها حين أضجعها للذبح، فإن ذبحها على الفور أجزأه الأضحية، وإن انفلتت، ثم أخذت وذبحت؛ روي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول: أنها إذا أخذت من فوره ذلك جاز وإلا فلا، وفي رواية أخرى عنه: [أنه][١] يجوز في الحالين بعد أن تكون التضحية في أيام النحر، وهكذا روي عن محمد - رحمه لله-.

قال محمد: فلا يجوز في الضحايا [بالجذع][٢] إلا الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا، والثني من غيره.

ومعنى قوله: (إذا كان عظيمًا)، أنه إذا اختلط بالثنيان يظن الناظر إليه أنه ثني.

والجذع من الضأن عند الفقهاء: الذي أتى عليه أكثر الحول سبعة أشهر فصاعدًا.

وعند أهل اللغة: الذي أتى عليه ستة أشهر.

والثني من الإبل: الذي طعن في السنة السادسة.

ومن البقر: الذي طعن في السنة الثالثة.

ومن المعز: الذي طعن في السنة الثانية.

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ: «ضحوا بالثنيان ولا تضحوا بالجذعان»[٣].

ولو عملنا[٤] بظاهر هذا الحديث لقلنا بعدم جواز الجذع من الضأن، [لكن عرفنا جواز الجذع من الضأن][٥] إذا كان عظيمًا لحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) ينظر المبسوط (٤/ ١٤١).
(٤) في م: قلنا.
(٥) سقط في م.

النبي ﷺ قال: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»[(١)]، فإذا كان عظيمًا فيبقى ما عداه على ظاهر الحديث.

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: «لا يجوز في الضحايا إلا الجذع من الضأن والثني من غيره»[(٢)]، وهذا نص في الباب[(٣)].

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٨٧) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي، رقم (١٤٩٩). قال الترمذي: حديث حسن غريب.

وقوله: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن» فيه: دليل على أن التضحية بالضأن أفضل، وبه قال مالك، وعلَّل ذلك بأنها أطيب لحمًا. وذهب الجمهور إلى أن أفضل الأنواع للمنفرد: البدنة ثم البقرة ثم الضأن ثم المعز. واحتجوا: بأن البدنة تجزئ عن سبعة أو عشرة على الخلاف والبقرة تجزئ عن سبعة، وأما الشاة فلا تجزئ إلا عن واحد بالاتفاق، وما كان يجزئ عن الجماعة إذا ضحى به الواحد كان أفضل مما يجزئ عن الواحد فقط، هكذا حكى النووي الاتفاق على أن الشاة لا تجزئ إلا عن واحد.

ينظر: شرح مسلم للنووي (٧/ ١٣٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٣٦، ٢٣٧) كتاب الزكاة، باب: في زكاة السائمة، حديث (١٥٧٩، ١٥٨٠)، والنسائي (٥/ ٣٠) كتاب الزكاة، باب: الجمع بين المتفرق بين المجتمع، وابن ماجه (١/ ٥٧٦) كتاب الزكاة، باب: ما يأخذ المتصدق من الإبل، حديث (١٨٠١)، وابن أبي شيبة (٣/ ١٢٦) كتاب الزكاة، باب: ما يكره للمتصدق من الإبل، وأحمد (٤/ ٣١٥)، والدارقطني (٢/ ١٠٤) كتاب الزكاة، باب: تفسير الخليطين، وما جاء في الزكاة على الخليطين، حديث (٥)، والبيهقي (٤/ ١٠١) كتاب الزكاة، باب: لا يؤخذ كرائم أموال الناس، من حديث ميسرة، أبي صالح، عن سويد بن غفلة به.

(٣) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجزئ في الأضحية والهدي إلا الجذع من الضأن والثني من غيره، وإليه ذهب الليث وأبو عبيد، وأبو ثور وإسحاق. وقال ابن عمر والزهري: لا يجزئ الجذع من الضأن؛ لأنه لا يجزئ من غير الضأن، فلا يجزئ منه كالحمل. وقال عطاء والأوزاعي: يجزئ الجذع من جميع الأجناس إلا المعز. وفي وجه عند الشافعية يجزئ الجذع من المعز وهو شاذ.

وأما في الزكاة فاتفقوا على أنه يؤخذ من الإبل الجذعة في إحدى وستين إلى خمس وسبعين، ومن البقر الجذع أو الجذعة في ثلاثين إلى تسع وثلاثين. واختلفوا في الغنم. فيرى الشافعية والحنابلة، وهو رواية عن أبي حنيفة أنه يجزئ الجذع من الضأن ولا يجزئ من المعز إلا الثني. وذهب الحنفية في الصحيح إلى أنه لا يجزئ الجذع في زكاة الشياه. وعند المالكية يجزئ، سواء أكان من الضأن أم من المعز.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠٤)، والاختيار (١/ ١٧٢، ١٧٣)، والقوانين الفقهية، ص (١٩٣)، وروضة الطالبين (٢/ ١٥٣، ١٥٤، ٣/ ١٨٣)، والمغني (٣/ ٥٥٢، ٥٥٣).

ولا يجوز في الضحايا شيء من الوحش، نحو: حمار الوحش، وبقر الوحش وأشباهها، وإن ألفت، وفي المتولد بين الوحشي والأهلي يعتبر الأم، فإن كانت الأم أهلية يجوز، وإن كانت وحشية لا يجوز.

ويجوز الجاموس عن سبعة؛ لأنه نوع من البقر.

قال الفقيه أبو محمد الخرشي: البقرة أفضل من الشاة في الأضحية إذا استويا في القيمة، والشاة أفضل من سبع البقرة إذا استويا في القيمة واللحم، وإذا كان سبع البقرة أكثر لحمًا فسبع البقرة أفضل.

والأصل في هذا: أنهما إذا استويا في القيمة واللحم فأطيبهما لحمًا أولى، وإذا اختلفا في القيمة واللحم فالفاضل أولى.

إذا ثبت هذا فنقول: الفحل بعشرين وذلك قيمته أفضل من خصي بخمسة عشر، وإن كان الخصي أطيب لحمًا، وإذا[1] استويا في القيمة، والفحل أكثر لحمًا فالفحل أفضل، وكذلك الكبش والنعجة إذا استويا في القيمة واللحم فالكبش أفضل، وإن كانت النعجة أكثر قيمة أو لحمًا فهي أفضل، والذكر من الضأن أفضل إذا استويا قيمة ولحمًا؛ لأنه أطيب، والأنثى من البقر أفضل إذا استويا قيمة ولحمًا؛ لأنه أطيب لحمًا، والبقرة أطيب من ست شياه عند الاستواء، وسبع شياه أفضل من البقرة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

والأفضل للرجل أن يضحي بنفسه إن قدر عليه، ويستحب للرجل أن يأكل من لحم أضحيته ويطعم منها غيره، ويجوز أن يطعم منه الغني والفقير، ويهب منها ما شاء لغني أو فقير أو مسلم أو ذمي، ولا بأس بأن يحبس لحمًا فيدخر منها كما[2] يشاء، والصدقة أفضل إلا أن يكون الرجل ذا عيال، فإن الأفضل له أن [يدعه][3] لعياله [ينتفع][4] ويوسع عليهم [والله أعلم بالصواب][5].

---

(١) في م: وإن.
(٢) في م: كم.
(٣) في م: يدعيه.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

الفصل العاشر
في الانتفاع بالأضحية

ويجوز الانتفاع بجلد الأضحية وهدي المتعة والمتطوع، بأن يتخذها فروًا أو بساطًا أو جرابًا أو غربالا أو نطعا، وله أن يشتري به متاع البيت كالغربال والمنخل والكساء والخف، وكذا له أن يشتري اللحم، ولا بأس ببيعه بالدراهم ليتصدق بها، وليس له أن يبيعها بالدراهم لينفقها على نفسه، ولو فعل ذلك تصدق بثمنها.

وذكر في الأجناس: لو أراد أن يبيع لحم الأضحية ليتصدق بثمنها، ليس له ذلك، وليس له في اللحم إلا أن يطعم أو يأكل، فصار حاصل الجواب في الجلد: أنه لو باع بشيء ينتفع به، يجوز، ولو باع بشيء لا ينتفع به إلا بعد ما استهلكه، لا يجوز، وفي اللحم لا يجوز أصلاً، سواء باع بشيء ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الأضحية: أن الجواب في [اللحم كالجواب][1] في الجلد، إذا[2] باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز.

ويتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله -: أنه لو اشترى[3] باللحم ثوبًا فلا بأس بلبسه، ولو أراد أن يعطي[4] الجزار والذابح أجرته من لحمها، لا يجوز، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) في م: إن.
(٣) في م: اشتراها.
(٤) في م: يطعم.

الفصل الحادي عشر
في المتفرقات

إذا اشترى شاة للأضحية في أيام النحر وهو فقير فضحى بها، ثم أيسر في أيام النحر.

قال الشيخ أبو محمد الجومسي: عليه أن يعيد؛ [لأن][(١)] العبرة لآخر الوقت.

ومن المتأخرين من قال: لا يعيد.

قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ.

إذا اشترى [أضحية ثم باعها واشترى][(٢)] مثلها، فاعلم أن هذه المسألة على وجهين:

إما أن يكون[(٣)] الأولى واجب الأضحية بعينها، أو كان.

ففي الوجه الأول: جاز البيع.

وفي الوجه الثاني: كذلك في ظاهر الرواية، لكن يكره، وإذا جاز البيع في الوجه الثاني.

وإذا اشترى أخرى وضحى بها، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن كانت الثانية خيرًا من الأولى، أو مثل الأولى، أو شرًّا من الأولى، ففي الوجوه كلها جازت.

الثاني: [أن][(٤)] في الوجه الأول والثاني لا يلزمه التصدق بشيء.

وفي الوجه الثالث: المعتبر مكان الأضحية لا مكان الرجل، حتى أن الرجل لو كان في المصر، والشاة في السواد فذبحوا عنه بأمره بعد طلوع الفجر الثاني قبل الصلاة يجوز، ولو كانت الأضحية في المصر والرجل في السواد لا يجوز إلا بعد

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: لم تكن.
(٤) سقط في م.

الصلاة.

وإذا أوصى أن يضحى عنه [ولم يسم شيئًا][(١)] فهو جائز[(٢)] ويقع على الشاة لمعنيين:

أحدهما: أنها هي [الأدنى ولم يسم شيئا][(٣)].

والثاني: أنها هي المتعارف.

وكذلك لو لم يوص وأمر رجلاً أن يضحي عنه ولم يسم شيئًا، فهو جائز، لما قلنا في [مسائل الجرميني][(٤)].

وأجناس مسائل الوصايا [وفيها أيضًا][(٥)]: لو أوصى أن يشترى بقرة بجميع ماله ويضحى بها عنه [فمات ولم تجز الورثة فالوصية جائزة بلا خلاف، ويشترى بالثلث شاة ويضحى بها عنه.

ولو أوصى أن يشترى][(٦)] بقرة بعشرين درهمًا ويضحى بها عنه ومات وثلث ماله أقل من العشرين، يضحى عنه [على][(٧)] مذهبهما بما بلغت.

وإذا وكل رجلاً أن يشتري له شاة للأضحية، فاشترى الوكيل واستأجر إنسانًا يقودها بدرهم، لم يلزم الآمر من الكري شيء في كتاب الجرميني[(٨)].

وإن وكله بأن[(٩)] يشتري له كبشًا أقرن أعين[(١٠)] للأضحية، فاشترى كبشًا ليس

---

(١) في م: شاة.
(٢) زاد في أ: ويجب الوصي أن يضحي عنه عن.
(٣) في أ: الأولى.
(٤) في أ: الحوسبي.
(٥) في م: أيضا وفيها.
(٦) بدل ما بين المعقوفين في م: ولو اشترى.
(٧) سقط في م.
(٨) في المحيط البرهاني: الخوميني (١٠١/٦).
(٩) في م: أن.
(١٠) في م: عين.

بأقرن ولا بأعين لم يلزم الآمر.

وإن وكله بأن يشتري له بقرة للأضحية فاشترى بيضًا أو خمرًا، لزم الآمر في هذا الموضع.

وأجناس هذه المسائل في هذا الموضع أيضًا.

واعلم بأن[١] الشاة اسم جنس يتناول الضأن والمعز جميعًا، فالضأن اسم نوع يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر منه يسمى كبشًا، والأنثى تسمى نعجة، والمعز نوع آخر يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر [منه][٢] يسمى تيسًا، والأنثى[٣] تسمى عنزا، وأحد النوعين لا يدخل تحت اسم النوع الآخر.

قال محمد - رحمه الله -: رجل وهب لرجل شاة أو بقرة أو بدنة، فأوجبها الموهوب له، أي عينها للأضحية، أو لهدي عليه من متعة، أو جزاء صيد، أو إحصارًا، أو كفارة، أو غير ذلك، أو قلد البقرة أو البدنة فأوجبها تطوعًا فلم ينحرها، فأراد الواهب أن يرجع فيها، كان له ذلك في ظاهر الرواية.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله -: ليس له ذلك، وجه ظاهر الرواية: أن العين صار لله تعالى بإيجاب هذه القرب[٤] فلا يقبل النقل والتمليك كالوقف، وجه ظاهر الرواية: أن هذه القرب[٥] إنما تجب [لحق الله][٦] تعالى، وحق الله تعالى في المال لا يمنع النقل من ملك إلى ملك فلا يمنع الرجوع؛ ولأن إيجاب العبد دون إيجاب الله تعالى [شرفًا، ووجب بإيجاب الله تعالى في][٧] المال وهو الزكاة لا يمنع النقل، والرجوع في الهبة مما وجب بإيجاب العبد وأنه

(١) في م: أن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وأنثى.
(٤) في م: القربة.
(٥) في م: القربة.
(٦) في م: حقا لله.
(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: من.

دونه أولى، وبهذا يتبين أن العين بما باشر[١] لم يصر لله تعالى، بل صار بعوض[٢] أن يصير لله تعالى، وبه فارق الوقف.

ثم إذا رجع الواهب فيما[٣] كان واجبًا في ذمته كالأضحية وهدي المتعة وما أشبههما يبقى كذلك في ذمته، وجعل كأن التعيين لم يوجد؛ لأن الحق الواجب في الذمة لا يسقط إلا بالأداء ولم يوجد، وما تعلق به عينًا كالتطوع بطل؛ لأنه التزم الحق في هذا المحل بعينه، والحق المتعلق[٤] بالعين لا يبقى بعد فوات العين، فلو أن الواهب لم يرجع حتى ذبحها[٥] لهذه الأشياء، ثم أراد أن يرجع فيها، كان له ذلك عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: ليس له ذلك.

ذكر قول أبي يوسف في هذا الفصل في كتاب الهبة.

وإنما كان كذلك؛ لأن هذه الأسباب قبل الذبح مانعة من الرجوع عنده، مع أن القربة لم [تصر][٦] مقامة، فبعد الذبح وقد صارت القربة مقامة أولى.

وعندهما: هذه الأسباب ليست بمانعة من الرجوع، والذبح لا يصلح مانعًا أيضًا؛ لأن الذبح نقصان، وقد ذكرنا أن النقصان لا يمنع الرجوع في الهبة، [ثم][٧] إذا رجع عندهما لا يبطل ما صنع من القربة؛ لأن الرجوع لا يكون أشد من هبة مستقلة، ولو وهب الذابح المذبوح للواهب ابتداء كانت القربة ماضية فههنا كذلك؛ لأن الرجوع إنما يكون فيما بقي بعد الذبح لا فيما تلف بالذبح، والقربة إنما تأدت بما تلف بالذبح، وما تلف بالذبح لا يتصور فيه الرجوع.

---

(١) في م: بشر.
(٢) في م: تعرض.
(٣) زاد في أ: كما.
(٤) في م: متعلق.
(٥) في م: ذهبها.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

بقي[١] الكلام بعد هذا في الضمان فنقول: لا ضمان على الذابح في الأضحية ودم المتعة والقران والتطوع؛ لأن الواجب عليه في هذه الصورة إراقة الدم لا غير؛ ألا ترى أن له أن يأكل[٢] وأن يؤكل[٣] غنيًّا وقد أراق الدم، ولم يبطل تلك الإراقة بالرجوع ولا يلزمه شيء؟

وفي جزاء[٤] الصيد ودم الإحصار والحلق يضمن قيمته منحورًا؛ لأن الواجب عليه في هذه شيئان[٥]: إراقة الدم، والتصدق باللحم؛ ألا ترى أنه ليس له أن يأكل وأن يؤكل غنيًا؟

والمعنى فيه: أن هذه الدماء إنما وجبت بطريق الكفارة زجرًا له عن ارتكاب الجناية؛ ولهذا لا تحل له ولا لغني، بل وجب التصدق به، ولما كان هكذا وجب إقامتها بما هو خالص ملكه ليتمكن من إقامة الصدقة الواجبة، وإذا أقامها بمحل تعلق به حق الغير، وذلك الحق أفضى إلى استحقاقه جعل بمنزلة المفوت المقصر، فيبقى في عهدة الضمان تشديدًا عليه وتحقيقًا لمعنى الزجر، وبه وقع الفرق [بين هذا][٦] وبين ما إذا سرق المذبوح أو احترق؛ حيث لا يضمن شيئًا في هذه الفصول[٧]؛ لأنا إنما نجعل بمنزلة المفوت المقصر إذا كان الفوات بمعنى من جهته[٨]، أو بمعنى يمكن للتحرز عنه، أما إذا كان الفوات لا يصنع من جهته، ولمعنى لا يمكن التحرز عنه لا يجعل بمنزلة المفوت المقصر.

[إذا][٩] اشترى شاة وضحى بها، ثم وجد بها عيبًا ينقصها ولكن لا يخرجها عن

(١) في م: ففي.
(٢) في م: يأكله.
(٣) في م: يؤكله.
(٤) في م: آخر.
(٥) في م: الأشياء.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: الصورة.
(٨) في م: جهة.
(٩) سقط في م.

حد الضحايا، فله أن يرجع بنقصان العيب[(١)] على البائع، فإذا رجع ليس عليه أن يتصدق به؛ لأن الشاة المعيوبة[(٢)] جازت عن الأضحية، فليس عليه سوى[(٣)] ذلك، فإن قال البائع: أنا آخذها مذبوحة، فله ذلك، فإذا أخذها ورد الثمن، فعلى المشتري أن يتصدق بما استرد من البائع إلا حصة[(٤)] نقصان العيب، فإن نوى[(٥)] الثمن على البائع فلا شيء عليه، وإن نوى[(٦)] البعض ووصل[(٧)] البعض يتصدق منه بما كان من حصة الشاة، ولا يتصدق بقدر حصة نقصان العيب، حتى لو كان الثمن عشرة ونقصان العيب درهم يتصدق بتسعة أعشار [ولا اعتبار بما][(٨)] وصل إليه من الثمن.

وفي النوادر[(٩)]: رجل ضحى بشاتين، قال محمد بن سلمة: لا تكون الأضحية إلا بواحدة[(١٠)].

وقال غيره من المشايخ: تكون الأضحية بهما، وبه أخذ الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - في واقعاته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: لا بأس بالشاة والشاتين، فقد صح أن رسول الله ﷺ «كان يضحي كل سنة بشاتين»[(١١)]، و«ضحى عام الحديبية بمائة

---

(١) في م: البيع.
(٢) في م: المغصوبة.
(٣) في م: إلا.
(٤) الحصة: القسم، وحصة من المال: أي: نصيبًا، وتحاص الغرماء المال: اقتسموه بينهم حصصًا. ينظر: التعاريف (١/ ٢٨٢).
(٥) في م: توى.
(٦) في م: توى.
(٧) في م: وضل.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: النوازل.
(١٠) في م: واحدة.
(١١) أخرجه البخاري (١٠/ ١٨) كتاب الأضاحي، باب: من ذبح الأضاحي بيده، حديث (٥٥٥٨)، ومسلم (٣/ ١٥٥٦، ١٥٥٧) كتاب الأضاحي، باب: استحباب الضحية وذبحها مباشرة، حديث (١٧، ١٨/ ١٩٦٦)، وأبو داود (٣/ ٢٣٠) كتاب الضحايا، باب: ما يستحب من الضحايا، حديث (٢٧٩٤)، والترمذي (٤/ ٨٤) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء من الأضحية بكبشين، حديث (١٤٩٤)، والنسائي (٧/ ٢٢٠) كتاب الضحايا، باب: =

بدنة»[1].

= الكبش، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٣) كتاب الأضاحي، باب: أضاحي رسول الله ﷺ، حديث (٣١٢٠)، والدارمي (٢/ ٧٥) كتاب الأضاحي، باب: السنة في الأضحية، والطيالسي (١/ ٢٢٩ -منحة)، رقم (١١٠٦)، وابن الجارود رقم (٩٠٢)، وأبو يعلى (٥/ ٢٥٨) رقم (٢٨٧٧)، وعبد الرزاق (٤/ ٣٧٩)، رقم (٨١٢٩)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٦) رقم (٢٨٩٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ٦١٧) من طرق عن قتادة عن أنس «أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين أقرنين فرأيته واضعًا قدميه على صفاحهما يسمي ويكبر فذبحهما بيده».
وقال الترمذي: حسن صحيح.

(١) أخرجه مالك (٢/ ٤٨٦) كتاب الضحايا، باب: الشركة في الضحايا، حديث (٩)، وأحمد (٣/ ٣٥٣، ٣٦٣)، ومسلم (٢/ ٩٥٥) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدي، حديث (٣٥٠/ ١٣١٨)، وأبو داود (٣/ ٢٣٩، ٢٤٠) كتاب الضحايا، باب: في البقر والجزور عن كم تجزئ؟ حديث (٢٨٠٩)، والترمذي (٤/ ٨٩) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء في الاشتراك في الأضحية، حديث (١٥٠٢)، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٧) كتاب الأضاحي، باب: عن كم تجزئ البدنة والبقرة، حديث (٣١٣٢)، والبيهقي (٩/ ٢٩٤) كتاب الضحايا، باب: الاشتراك في الهدي والأضحية، من طريق أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة، وأخرجه مسلم (٢/ ٩٥٥) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدي، حديث (٣٥٣/ ١٣١٨)، وأحمد (٣/ ٣٧٨)، وابن الجارود (٤٧٩)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٧، ٢٨٨) رقم (٢٩٠٠)، والبيهقي (٩/ ٢٩٥) كتاب الضحايا، باب: الاشتراك في الهدي والأضحية من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: اشتركنا مع النبي ﷺ في الحج والعمرة كل سبعة في بدنة فقال رجل لجابر أيشترك في البدنة ما يشترك في الجزور قال: ما هي إلا من البدن، وأخرجه ابن خزيمة (٤/ ٢٨٨) رقم (٢٩٠١) من طريق عمرو ابن الحارث، ومالك بن أنس عن أبي الزبير عن جابر به.
وأخرجه مسلم (٢/ ٩٥٥) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدي، حديث (٣٥٢/ ١٣١٨) من طريق عزرة بن ثابت عن أبي الزبير عن جابر.
وأخرجه أيضا (٣٥١/ ١٣١٨) من طريق زهير بن معاوية عن أبي الزبير عن جابر، ورواه من هذا الطريق أيضا أحمد (٣/ ٢٩٢)، والبيهقي (٥/ ٢٩٥، ٢٩٦).
وقد توبع أبو الزبير على هذا الحديث تابعه عطاء بن أبي رباح، وأبو سفيان، والشعبي، وسليمان بن قيس.
متابعة عطاء: أخرجها مسلم (٢/ ٩٥٦) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدي، حديث (٣٥٥/ ١٣١٨) وأبو داود (٢/ ١٠٨) كتاب الضحايا، باب: في البقر والجزور، حديث (٢٨٠٧)، والنسائي (٧/ ٢٢٢) كتاب الضحايا، باب: ما تجزئ عنه البقرة في الضحايا، وأحمد (٣/ ٢٦٣)، والدارقطني (٢/ ٤٧) العيدين، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٨) رقم (٢٩٠٢)، وأبو يعلى (٤/ ٣١) رقم (٢٠٣٤)، والبيهقي (٩/ ٢٩٥) من طريق هشيم =

في فتاوى الفضلي: شاة ندت وتوحشت فرماها صاحبها ونوى الأضحية وأصابها، أجزأه [عن الأضحية][(١)]؛ لأنها لم تصر بمنزلة الوحوش بالند، ولو امتنع جواز الأضحية ههنا امتنع لهذه الجهة.

اشترى شاتين للأضحية فضلت إحداهما فضحى [بالثانية، ثم وجدها في أيام النحر أو بعد أيام النحر، فلا شيء عليه، سواء كانت أرفع من الذي ضحى][(٢)] بها، أو أدون منها.

ولو اشترى شاة للأضحية، ثم اشترى أخرى للأضحية، ثم ضاعت الأولى فضحى بالثانية، ثم وجد الأولى: فإن كانت مثل الثانية أو دونها فلا شيء عليه، وإن كانت أفضل تصدق بفضل ما بينهما، في مسائل الجرميني - [رحمة الله عليه - والله تعالى أعلم بالصواب][(٣)].

عن عبد الملك عن عطاء عن جابر قال: كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ بالعمرة، فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها.

متابعة أبي سفيان: أخرجها أحمد (٣/ ٣١٦) من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر به.

متابعة عامر الشعبي: أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٥)، والدارقطني (٢/ ٢٤٣، ٢٤٤) من طريق مجالد بن سعيد عن الشعبي عن جابر به. ومجالد بن سعيد فيه ضعف.

متابعة سليمان بن قيس: أخرجها أحمد (٣/ ٣٥٣، ٣٦٤)، والطيالسي (١/ ٢٢٩ - منحة)، رقم (١١٠٣) من طريق أبي عوانة حدثنا أبو بشر عن سليمان بن قيس عن جابر به.

وروى مِقْسَم عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «نَحَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ في الْحَجِّ مِائَةَ بَدَنَةٍ نَحَرَ بِيَدِهِ مِنْهَا سِتِّينَ وَأَمَرَ بِبَقِيَّتِهَا فَنُحِرَتْ وَأَخَذَ مِنْ كُلِّ بَدَنَةٍ بَضْعَةً فَجُمِعَتْ في قِدْرٍ فَأَكَلَ مِنْهَا وَحَسَا مِنْ مَرَقِهَا وَنَحَرَ يَوْمَ الْحُدَيْبِيَةِ سَبْعِينَ فِيهَا جَمَلُ أَبِي جَهْلٍ فَلَمَّا صُدَّتْ عَنِ الْبَيْتِ حَنَّتْ كَمَا تَحِنُّ إِلَى أَوْلَادِهَا». أخرجه أحمد (١/ ٣١٤)، حديث (٢٨٨٢) قال: حدثنا يحيى بن آدم، حدثنا زُهير، عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن الحكم، عن مقسم، فذكره. وروى مُجَاهِدِ بْنِ جَبْرٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «أَهْدَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ في حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِائَةَ بَدَنَةٍ نَحَرَ مِنْهَا ثَلَاثِينَ بَدَنَةً بِيَدِهِ ثُمَّ أَمَرَ عَلِيًّا فَنَحَرَ مَا بَقِيَ مِنْهَا وَقَالَ اقْسِمْ لُحُومَهَا وَجِلَالَهَا وَجُلُودَهَا بَيْنَ النَّاسِ وَلَا تُعْطِيَنَّ جَزَّارًا مِنْهَا شَيْئًا وَخُذْ لَنَا مِنْ كُلِّ بَعِيرٍ حُذْيَةً مِنْ لَحْمٍ ثُمَّ اجْعَلْهَا في قِدْرٍ وَاحِدَةٍ حَتَّى نَأْكُلَ مِنْ لَحْمِهَا وَنَحْسُوَ مِنْ مَرَقِهَا فَفَعَلَ».

أخرجه أحمد (١/ ٢٦٠)، حديث (٢٣٥٩) قال: حدثنا يعقوب، حدثنا أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني رجل، عن عبد الله بن أبي نَجيح، عن مُجاهد بن جبر، فذكره.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

كتاب الوقف[1]

---

(١) الوقف في اللغة: الحبس والمنع، يقال: وقفت الدار للمساكين، أي: منعت أن تباع، أو توهب، أو تورث، وسمي وقفًا لأن العين موقوفه، وسمي حبسًا، لأن العين محبوسة.

الوقف اصطلاحًا: تعددت مذاهب الفقهاء في تعريف الوقف اصطلاحًا على النحو الآتي:

عرفه الكمال ابن الهمام بأنه: «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية». وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن: الوقف هو «حبس العين على حكم ملك الله تعالى». وعرفه صاحب الإسعاف بقوله: «حبس العين على حكم ملك الواقف، أو عن التمليك والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة على اختلاف الرأيين».

وعرفه ابن عرفة بقوله: «هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا».

وعرفه الشافعية بأنه «حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وجهته».

وعرفه الحنابلة بأنه: «تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه، بقطع تصرفه وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر؛ تقربًا إلى الله تعالى».

وعرفه ابن قدامة بأنه: «تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة».

ينظر: لسان العرب (١٥/ ٢٦٣) مادة (وقف)، والمصباح المنير، ص (٣٥٠)، مادة (وقفت)، وينظر: درر الحكام (٢/ ١٣٢)، البحر الرائق (٥/ ٢٠٢)، فتح القدير (٦/ ٢٠٣)، مجمع الأنهر (١/ ٧٣١)، شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، ص (٥٨١)، إعانة الطالبين (٢/ ١٥٧)، حاشية الشرقاوي على التحرير (٢/ ١٦٥)، نهاية المحتاج (٥/ ٣٥٨)، الإقناع (٢/ ٨١)، كشاف القناع (٤/ ٢٤، ٦٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٩٧)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٤٨)، تحرير التنبيه، ص (٢٥٩).

اتفق الفقهاء على مشروعية الوقف بالكتاب، والسنة النبوية على النحو التالي:

أولًا: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: دلت هذه الآية على مشروعية الوقف فعندما سمعها أبو طلحة بادر إلى وقف أحب أمواله إليه بيرحاء حديقة مشهورة. على ما سيأتي في السنة النبوية؛ وفي هذا يقول القرطبي وهو يتناول تفسير هذه الآية: «ففي هذه الآية دليل على استعمال ظاهر الخطاب وعمومه، فإن الصحابة -رضوان الله عليهم أجمعين - لم يفهموا من فحوى الخطاب حين نزلت الآية غير ذلك، ألا ترى أن أبا طلحة حين سمع الآية لم يحتج أن يقف حتى يرد البيان الذي يريد الله أن ينفق منه عباده بآية أخرى أو سنة مبينة لذلك».

ثانيًا: السنة النبوية:

احتجوا من السنة النبوية بما يلي:

١ - روى أنس بن مالك قال: كان أبو طلحة أكثر أنصاري بالمدينة مالًا من نخل، أحب ماله إليه بيرحاء مستقبلة المسجد، وكان النبي ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال =

. . . .

= أنس فلما نزلت: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ قام أبو طلحة فقال يا رسول الله، إن الله يقول: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ وإن أحب أموالي بيرحاء، وإنها صدقة لله، وأرجو برها وذخرها عند الله، فضعها حيث أراك الله. فقال: «بَخٍ، ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ، وَقَدْ سَمِعْتُ مَا قُلْتَ، وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الأَقْرَبِينَ»، قال أبو طلحة: أفعل ذلك يا رسول الله، فقد وقفها النبي ﷺ على الفقراء من أقارب طلحة بعد أن جعلها طلحة صدقة [أخرجه البخاري (٣/ ٣٨١) كتاب الزكاة، باب: الزكاة على الأقارب (١٤٦١)، ومسلم (٢/ ٦٩٣، ٦٩٤) كتاب الزكاة، باب: فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج إلخ (٤٢ - ٩٩٨)].

٢ - وروى ابن عمر قال: أصاب عمر أرضًا بخيبر، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضًا لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه، فكيف تأمرني به، قال: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا» فتصدق بها عمر على أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، للفقراء والقربى والرقاب في سبيل الله وابن السبيل ولضيف، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم صديقًا غير متمول فيه.

٣ - روى أبو هريرة: أن الرسول ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ» [أخرجه مسلم (٣/ ١٢٥٥) كتاب الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٤١٦٣١)، والبخاري في الأدب المفرد، (٣٨)، وأبو داود (٣/ ١١٧) كتاب الوصايا، باب: ما جاء في الصدقة عن الميت، حديث (٢٨٨٠)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلت هذه الأحاديث بمفهومها وظاهرها على مشروعية الوقف كما أن حديث أبي هريرة «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ. . .» حمله أهل العلم على الصدقة المادية الجارية؛ لأن غيره من الصدقات ليست جارية، بل يملك المتصدق عليه أعيانها ومنافعها ناجزًا، وأما الوصية بالمنافع وإن شملها الحديث فهي نادرة، فحمل الصدقة الجارية في الحديث على الوقف أولى.

٣ - ومن السنة الفعلية وقف الرسول ﷺ أراضي (مخيريق) الذي كان يهوديًا ثم أسلم، وقاتل مع الرسول ﷺ في غزوة أحد، وقال لقومه عند خروجه للغزوة: (إن أصبت مالًا فمالي لمحمد يصنع فيه ما يشاء). ثم خرج فقاتل حتى قتل، فقال فيه رسول الله ﷺ: «مُخَيْرِيقُ سَابِقُ يَهُودَ» وجعل أملاكه وقفًا، وهي عبارة عن سبعة بساتين بالمدينة [أخرجه عمر بن شبة في تاريخ المدينة (١/ ١٧٣) عن الزهري مرسلًا].

ثالثًا: الآثار:

ذكر البخاري أن عددًا كبيرًا من الصحابة ممن لهم القدرة، وقفوا شيئًا من أموالهم، فوقف أنس دارًا، وتصدق الزبير بدوره، وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجة [علقه البخاري في صحيحه (٤/ ١٣) كتاب الوصايا، باب: إذا وقف أرضا أو بئرا، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين.

أما أثر أنس فوصله البيهقي (٦/ ٢٦٧)، وأثر الزبير وصله الدارمي (٤/ ٢٠٧٩)، رقم (٣٣٤٣)، والبيهقي (٦/ ٢٧٥) وأثر ابن عمر وصله ابن سعد في الطبقات الكبرى (٤/ =

. . . .

= ١٢٢)]، وأوقف عثمان بئر رومة، وأن الأنصار وقفوا أرضهم لبناء مسجد رسول الله بالمدينة [أخرجه البخاري تعليقًا (٥/ ٣٧) كتاب الشرب والمساقاة، باب: «من رأى صدقة الماء وهبته ووصيته جائزة، مقسومًا كان أو غير مقسوم» بلفظ «من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين» فاشتراها عثمان -رضي الله عنه-.

ووصله النسائي (٦/ ٢٣٣، ٢٣٤) كتاب الأحباس، باب: وقف المساجد حديث، (٣٦٠٦، ٣٦١٠)، والترمذي (٥/ ٥٨٥، ٥٨٦) كتاب المناقب، باب: في مناقب عثمان ابن عفان رضي الله عنه، حديث (٣٧٠٣)].

وروى جابر - رضي الله عنه - أنه قال: «ما بقي أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة على الوقف إلا وقف».

رابعًا: الإجماع:

أجمع أهل العلم على مشروعية الوقف وجوازه وصحته.

ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٤٨٥)، (٣/ ٥٢٣)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص (٣٠٤)، تحفة المحتاج (٦/ ٢٣٦)، المغني (٥/ ٥٩٩)، تفسير القرطبي (٤/ ١٣٢).

ويتنوع الوقف باعتبار الجهة الموقوف عليها إلى ثلاثة أنواع، ويمكن إجمالها فيما يلي:

أولًا: الوقف الخيري. ثانيًا: الوقف الأهلي. ثالثًا: الوقف المشترك.

وبيان المراد من هذه الأوقاف كالآتي:

١ - الوقف الخيري: هو الوقف الذي يصرف ريعه من أول الأمر إلى جهة خيرية، كالفقراء، والمساكين، والمساجد، والملاجئ ونحو ذلك من جهات الخير والبر، ولو لمدة معينة يكون بعدها وقفًا على شخص أو أشخاص معينين.

مثال ذلك: أن يقف شخص أرضه أو بستانه على مستشفى، أو معهد أو غير ذلك من جهات البر مدة معينة كخمس سنين أو عشر ثم بعد انقضاء هذه المدة يكون على أولاده مثلاً، فإن هذا الوقف يكون وقفًا خيريًا؛ لأنه وُقِفَ ابتداء على جهة من جهات الخير، وهي المستشفى، أو المعهد.

وأيضا: إذا وقف أرضه على المحتاجين من طلبة العلم في كلية كذا أو معهد كذا وقفًا مؤبدًا، كان الوقف خيريًا.

٢ - الوقف الأهلي: هو ما كان استحقاق الريع فيه ابتداء للواقف نفسه، أو لغيره من الأشخاص المعنيين بالذات أو بالوصف، سواء أكان هؤلاء الأشخاص من أقاربه أم من غيرهم، ثم يصرف الريع بعد ذلك إلى جهة خيرية.

بمعنى: أن الوقف الأهلي يكون موقوفًا ابتداءً على شخص معين أو أشخاص معينين، ولو جعل آخره لجهة بر عامة، سواء كان الموقوف عليهم معينين بالذات: كمحمد وأحمد، وعلى أولاد أخيه فلان، أم كانوا معينين بالوصف: كأولاده، أو أولاد أخيه، أو أبناء عمه.

مثال ذلك: أن يجعل أرضه المعينة وقفًا على ولديه زيد وعمرو، ثم من بعدهما على أولادهما، ثم على الفقراء من بلدة كذا، فإن هذا يكون وقفًا أهليًا؛ لأنه وقف ابتداء على غير جهة بر.

إذا تعطل الموقوف وصار بحالة لا ينتفع بها فقد أجاز الحنفية، والمالكية، والحنابلة، =

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

[الفصل][1] الأول
في الألفاظ الجارية في الوقف ما يتم، وما لا يتم

= والشافعية في رأي بيعه وجعل ثمنه في مثله.

وأجاز الحنفية البيع والاستبدال ولو لم يتعطل الموقوف، لكن بشروط خاصة.

٣ - الوقف المشترك: وهو الوقف الذي يجعل الواقف فيه لنفسه أو لذريته نصيبًا من ريع العين الموقوفة ويجعل للبر نصيبًا آخر محددًا أو مطلقًا أو الباقي من ريع العين أي: أن ريع الوقف يكون مصروفًا ابتداء إلى الجهتين الخيرية والأهلية معًا، فهو نوع وسط بين النوعين السابقين، ولا حرج على الواقف في هذا المسلك، حيث يقول القرآن الكريم: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩١].

ويتضح جليًّا من هذا التقسيم أن المُعَوَّل عليه هو الجهة التي وقف عليها في ابتداء الأمر: فإن كانت جهة خيرية، كان الوقف خيريًّا، وإن كانت جهة أهلية، كان الوقف أهليًّا، وإن اشتركت الجهتان، كان الوقف مشتركًا.

والوقف بأنواعه الثلاثة كان موجودًا من أول ظهور الوقف في الإسلام، ويشهد لذلك وقف عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الذي يعتبر أساسًا لما جاء بعده من أوقاف، فقد وقع موزعًا بين جهات البر، وذوي القربى، حيث جاء في كتاب وقفه الذي ورد في السنة الصحيحة: «فتصدق بها عمر في الفقراء، وذوي القربى، والضيف، وابن السبيل».

وقد وردت آثار كثيرة في وقف كبار الصحابة على أولادهم مما يدل على أن الوقف الأهلي كان موجودًا في صدر الإسلام، من ذلك: ما ورد من كتاب وقف عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وفيه: «هذا ما تصدق به عثمان بن عفان في حياته، تصدق بماله الذي بخيبر - يدعى مال ابن أبي الحقيق - على ابنه أبان بن عثمان صدقة بتلة، لا يشترى أصله أبدًا، ولا يوهب، ولا يورث».

والحق أن هذه الأنواع الثلاثة من الوقف تعود إلى النوع الأول، فالوقف كله خيري؛ لأنه عبارة عن التصدق بالمنفعة والغلة، غير أن من الأوقاف ما يكون من أوله إلى آخره خيريًّا، ومنه ما يستثنى فيه بشروط يشترطها الواقفون أن ينتفع الواقف بالوقف مدة حياته، وهو الكثير الغالب، أو يقفه على أولاده أولًا، أو على غيرهم من الأشخاص المعينين، ونحو ذلك، ثم بعد هؤلاء على الفقراء، فالجميع وقف خيري غير أن منه الخيري المحض، ومنه الخيري بالإضافة إلى المستقبل بحسب المآل.

ينظر: مجمع الأنهر (١/ ٧٣٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤١٥)، فتح القدير (٦/ ٢١١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٧٧)، التاج والإكليل (٧/ ٦٦٤)، نهاية المحتاج (٥/ ٣٧٦)، أسنى المطالب (٢/ ٤٦٤)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٣٤٨، ٣٦٢)، كشاف القناع (٤/ ٢٤٠)، سبل السلام (٢/ ١٢٧).

(١) سقط في م.

إذا قال الرجل: أرضي هذه صدقة محررة مؤبدة حال حياتي، وبعد وفاتي، [أو قال: أرضي هذه محبوسة مؤبدة حال حياتي، وبعد وفاتي][(١)]، يصير وقفا جائزا لازمًا على الفقراء عند الكل، ولو لم يقل: حال حياتي، وبعد وفاتي، فالمسألة على الخلاف بين أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وبين صاحبيه على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله - تعالى -، فلو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، أو صدقة محبوسة، أو قال: حبيسة، ولم يقل مؤبدة، فإنه يصير وقفا في قول عامة من يجيز الوقف.

وقال الخصاف وأهل البصرة: بأنه لا يصير وقفا.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على المساكين، يصير وقفا بالإجماع، وذهبوا في ذلك إلى أن جواز الوقف متعلق بالتأبيد؛ لما يتبين[(٢)] بعد هذا إن شاء الله - تعالى -، وما يكون معلقا بالتأبيد لا يثبت إلا بذكر التأبيد نصا، وإنما جاز بذكر المساكين، وإن لم ينص على التأبيد؛ لأن ذكر المساكين ذكر التأبيد؛ لأنهم لا ينقطعون أبدا.

وجه قول عامة المشايخ: أن التأبيد كما يثبت بذكر المساكين يثبت بذكر الصدقة؛ لأن الصدقة تثبت مؤبدة؛ لأنها لا تحتمل الفسخ.

ولو قال: أرضي هذه موقوفة، أو قال: داري هذه، أو قال: وقفت أرضي هذه، أو قال: داري هذه، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يكون وقفا.

وقال محمد، وهلال: لا يكون وقفا؛ لأنه لما لم يصر وقفا في المسألة الأولى عندهم، وقد جمع بين الصدقة، والموقوفة، فلأن لا يصير وقفا هاهنا كان أولى.

وجه قول محمد - رحمه الله - أن قوله: وقفت أرضي، محتمل يحتمل وقفها على الفقراء فيكون وقفا تاما[(٣)]، ويحتمل وقفها على الأغنياء، فلا يكون وقفا بالشك.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: نبين.
(٣) في م: ثانيا.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول[١]: الظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا الوقف على الفقراء.

وكان مشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف - رحمه الله-.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: ونحن نفتي به أيضا.

وكذلك إذا قال: أرضي هذه حرمتها، أو قال: حبيسة، فهو على هذا الاختلاف أيضا.

وكذلك إذا قال: أرضي هذه موقوفة محرمة حبيس، أو قال: موقوفة حبيس محرمة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث فهو على هذا الخلاف أيضا.

ولو قال: [أرضي هذه صدقة موقوفة، أو قال: أرضي هذه وقف صدقة، أو قال:][٢] أرضي هذه صدقة محرمة، أو قال: محرمة صدقة، أو قال: محبوسة صدقة، أو قال: صدقة محبوسة، فهي وقف بلا خلاف،هذا إذا لم يعين إنسانا.

وأما إذا عين بأن قال: وقفت أرضي هذه[٣] على فلان، أو قال: داري هذه موقوفة على فلان، أو قال: على ولدي فلان، أو قال: على قرابتي، وهم يحصون، لا يجوز.

فرق أبو يوسف - رحمه الله - بين هذا، وبين ما إذا لم يعين إنسانًا.

والفرق: أنه إذا لم يعين إنسانا، فالجواز باعتبار أنه وقف على الفقراء ظاهر بحكم العرف، وإذا عين إنسانا لا يمكن أن يجعل هذا وقفا على الفقراء، هذا إذا عين إنسانا.

وذكر بلفظ الوقف مفردا، أما إذا ذكر معه لفظ[٤] الصدقة بأن قال: أرضي هذه

---

(١) زاد في أ: الوقف.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: هذا.
(٤) في م: لفظة.

صدقة موقوفة على فلان، أو قال: على ولدي، كان وقفا، والغلة[(١)] لفلان ما دام حيا، فإذا مات تصرف الغلة إلى الفقراء؛ [لأنه][(٢)] لما نص على الصدقة، والصدقة لا تكون إلا على الفقراء، كان هذا وقفا على الفقراء، وكان ذكر فلان لتخصيصه بالغلة، في الباب الأول من الواقعات.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا عين إنسانا، وقال له: وقفت أرضي لك، [أو][(٣)] هي [وقف][(٤)] لك، [أو][(٥)] حبستها لك، [أو][(٦)] حبيس لك، فهو تمليك منه، ويتم بالتسليم إليه.

وفي الشروط لمحمد بن مقاتل قال أبو يوسف: جاز الوقف على رجل بعينه، وإذا مات الموقوف عليه يرجع إلى ورثة الواقف.

وفي النوازل[(٧)] عن أبي يوسف - رحمه الله -: يجوز الوقف على رجل بعينه، وإذا مات الموقوف عليه يرجع إلى المساكين، فصار في رجوع الوقف إلى الفقراء،[(٨)] أو إلى ورثة الموقوف عليه روايتان عنه، وكل ذلك يدل على جواز الوقف على رجل بعينه.

وفي وقف الخصاف: إذا قال: جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان،

---

(١) الغلة: جمعها غلات، وهي لغة: كل شيء يحصل من ريع الأرض، أو أجرتها ونحوها.
واصطلاحا: هي مطلق الدخل الذي يحصل من ريع الأرض، أو أجرتها، أو أجرة الدار، أو السيارة، أو أية عين استعمالية ينتفع بها مع بقاء العين، والمراد به: الدخل الحاصل من ريع الوقف، أو أجرته، ونحو ذلك.
ينظر: المصباح المنير، ص (٢٤٠)، مادة (الغل)، والقاموس الفقهي، لأبي جيب، ص (٢٧٧)، ومعجم المصطلحات الفقهية (٣/ ٢٢).

(٢) في م: إلا أنه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: البرامك.

(٨) في م: الواقف.

وولده، وولد ولده، وأولاد أولادهم، فإذا سمى من ذلك ثلاثة بطون فهي وقف مؤبد إلى يوم القيامة.

قال ثمة أيضا: وقال أبو يوسف: إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على فلان وولده وولد ولده، فهو جائز لقوله: أبدا.

وفي المنتقى قال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا جعل أرضا له صدقة موقوفة على فلان وولده، جاز[١] ما داموا أحياء، فإذا انقرضوا رجعت إلى صاحبها إن كان حيًّا، وإلى ورثته إن كان ميتًا.

قال: وليس هذا نظير قوله: أرضي صدقة موقوفة ينفق من غلتها على فلان؛ لأنه إذا قال: [هي][٢] صدقة موقوفة على فلان، فإنما أوجبها له خاصة، وإذا قال: هي صدقة موقوفة، ولم يقل: على فلان[٣]، فإنما أوجبها للفقراء، فإذا استثنى أن ينفق من غلتها، فإنما استثنى من صدقة أمضيت، فما ذكر في المنتقى بخلاف ما ذكر في الواقعات[٤].

وذكر هذه المسألة في المنتقى مرة أخرى على نحو ما [ذكر][٥] في الواقعات.

وفي المنتقى: إذا قال: أرضي هذه[٦] موقوفة لله - تعالى - أبدًا، كان وقفا صحيحا على المساكين؛ لأن معنى كلامه: أرضي صدقة أبدا، لأن الوقف لله - تعالى - لا يكون إلا في وقف الأصل ليتصرف[٧] بالغلة.

وكذلك إذا قال: موقوفة لله - تعالى -، من غير ذكر الأبد.

وكذلك إذا قال: موقوفة لوجه الله - تعالى -، أو قال: جعلت أرضي صدقة،

---

(١) في م: جائز.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في أ: لأنه إذا قال.
(٤) في م: المنتقى.
(٥) سقط في م.
(٦) زاد في م: صدقة.
(٧) في م: ليتصدق.

كان هذا نذرًا بالتصدق، فينبغي أن يتصدق بعينها، أو ببيعها.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، [يتصدق بثمنها][(١)]، ذكره هلال في وقفه عن أبي حنيفة - رحمه الله-.

وإن عين إنسانا فهو تصدق عليه بطريق التمليك لا يتم إلا بالتسليم.

وإذا قال: جعلت أرضي هذه للفقراء، إن كان هذا في تعارفهم وقفًا كان وقفًا، وإن لم يكن تعارفهم وقفًا يسأل عنه ماذا أراد بقوله: جعلتها للفقراء؟ إن قال: أردت به أن يكون وقفا على الفقراء، كان[(٢)] وقفًا؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن أراد به الصدقة، أو لم يكن له نية، فهو نذر بالتصدق، أما[(٣)] إذا نوى الصدقة؛ فلأنه نوى ما يحتمله لفظه.

وأما إذا لم ينو؛ فلأن هذا أدنى فكان إثباته أولى عند الاحتمال، ومتى صار نذرا كان عليه أن يتصدق بجميعها، أو بقيمتها، كما لو نص عليه.

إذا قال: أرضي هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، فإن كان هذا الرجل من قوم هذا اللفظ في تعارفهم[(٤)] وقف، فهو وقف، وإن لم يكن من قوم تعارفهم أن هذا وقف، يسأل [عنه][(٥)]، إن [أراد به الوقف فهو وقف، وإن][(٦)] أراد به الصدقة فهو صدقة، فيتصدق بعينها، أو بثمنها، في الباب الأول من الواقعات.

وفي هذا الموضع أيضًا: إذا قال: ضيعتي هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، لم يصر وقفا، إلا إذا كان القائل من ناحية يفهم أهل تلك الناحية بها الوقف المؤبد بشرائطه؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتفاهم، فيصير كالتصريح بالوقف.

---

(١) في م: ويتصدق بقيمتها.
(٢) في م: يكون.
(٣) في م: إنما.
(٤) في م: متعارفهم.
(٥) في م: منه.
(٦) سقط في م.

وفي [هذا الموضع][١] أيضا: إذا قال: اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزًا، وفرقوا على المساكين، صارت الدار وقفًا؛ لأن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف، فصار كما [لو][٢] قال: وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين.

وفيه أيضا: رجل قال في مرضه: جعلت نزل كرمي وقفًا، وكان فيه ثمر، أو لم يكن، صار الكرم وقفا؛ [لأن هذا][٣] النزل لا يصير وقفا إلا بوقف الكرم، فصار قوله: نزل كرمي، بمنزلة قوله: وقفت كرمي بما فيه من النزل، وكذلك لو قال: جعلت غلة كرمي وقفا.

وفي وقف هلال: إذا أوصى بأن يوقف ثلث أرضه بعد وفاته لله تعالى، كان وصية بالوقف على الفقراء؛ لأن الوقف لله تعالى يكون وقفا على المساكين، والأمر بالوقف لله - تعالى - يكون وقفا على المساكين.

وفيه أيضا: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على وجوه البر، أو قال: على وجوه الخير، فهو وقف صحيح على المساكين؛ لأن البر عبارة عن الصدقة قال الله - تعالى -: ﴿أَن تَبَرُّوهُمْ﴾.

والخير، والبر بمعنى واحد، فصار تقدير كلامه: أرضي هذه صدقة موقوفة.

وإذا قال: أرضي هذه موقوفة بعد وفاتي، ولم يزد على هذا، كان [هذا][٤] باطلا؛ لأن هذا وصية بالغلة، والموصى له مجهول.

ولو قال: أرضي هذه بعد وفاتي صدقة، كان جائزًا، ويتصدق بعينها، أو تباع، ويتصدق بثمنها؛ لأنه نص على الصدقة، [والصدقة][٥] على الفقراء، فلا يكون فيها جهالة، والله أعلم.

---

(١) في م: هذه المواضع.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وهذا لأن.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

الفصل الثاني
فيما يتعلق بجواز الوقف، وشرائط[١] صحته

ذكر في ظاهر الرواية: أن شرط جواز الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله - الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية، حتى لو لم يضف إلى ما بعد الموت، ولم يوص به، لم يصح.

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله -: ليس هذا بشرط [حتى][٢] يمنع من بيعه، ولا يورث عنه متى مات، وحاصل الوقف راجع إلى تقدير الوقف[٣].

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: تقديره: حبست العين على ملكي، وتصدقت بثمرته على المساكين، فلا يصح إذا كانت الثمرة معدومة إلا بطريق الوصية.

وعلى قولهما: تقدير[٤] الوقف: إزالة العين عن ملكي إلى الله تعالى، وجعلته محبوسا في ملكه، ومنفعته للعباد، وهذا صحيح، وإن لم يكن موصى به كما في المسجد.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله - ليست بشرط للجواز، فإن الوقف جائز عنده بدون ذلك لكنه غير لازم، وإنما يصير لازما بالإضافة إلى ما بعد الموت أو بالوصية، وهذا؛ لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يجعل الواقف[٥] حابسا العين[٦] على ملكه صارفا المنفعة إلى الجهة التي سماها، فيكون بمنزلة العارية، والعارية جائزة غير لازمة، ومعنى الجواز جواز صرف الغلة إلى تلك الجهة، ومعنى[٧] الوصية به

(١) في م: وشريطة.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: ماذا.
(٤) في م: بتقدير.
(٥) في م: الوقف.
(٦) في م: للعين.
(٧) في م: وتفسير.

أن يقول: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة، وأوصيت بها[١] بعد موتي، فإذا قال ذلك يكون لازما حتى لا يملك بيعه قبل الموت، ولا يورث عنه.

وذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا أضافه إلى ما بعد الموت يصح عند أبي حنيفة - رحمه الله - بطريق الوصية بغلة داره لإنسان، أو غلة أرضه، أو يوصي بذلك للفقراء، أو[٢] هو كالوصية بالعتق.

وذكر الطحاوي: أن الوقف في مرض الموت[٣] عند أبي حنيفة - رحمه الله - كالمضاف إلى ما بعد الموت، حتى إن الوقف المباشر في مرض الموت يقع جائزا لازما عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما ذكره[٤] الطحاوي.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: الصحيح أن المباشر في مرض الموت عنده كالمباشر في الصحة، حتى [لا يجوز في ظاهر الرواية من غير الوصية والإضافة إلى ما بعد الموت، وحتى لا يلزم على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله-.

وذكر شيخ الإسلام أن في الوقف المباشر في مرض الموت إذا لم يكن مضافا إلى

---

(١) في م: به.

(٢) في م: و.

(٣) نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية على أن: (مرض الموت: هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجًا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على هذا الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتبارًا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت). أو هو المرض الخطير الذي يغلب فيه الهلاك عادة وحكم أهل الطب بخطورته، ويتزايد هذا المرض ولو تزايدًا بطيئًا ويبقى صاحبه مريضًا إلى أن يموت، سواء استمر المرض سنة، أو أقل، أو أكثر.
ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، ص (٢٤١)، المدخل الفقهي العام، الزرقا (٢/ ٨٣، ٨٤).

(٤) في م: ذكر.

ما بعد الموت عند أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان، وجه الرواية التي قال][1] لا يجوز: أنه لم يوجد الإضافة إلى ما بعد الموت حقيقة، فلا يجوز، كما لو وقف في حالة[2] الصحة، ولم يضف إلى ما بعد الموت.

وجه الرواية الأخرى: أن تصرف المريض كالمضاف إلى ما بعد الموت؛ ألا ترى أن تبرعاته معتبرة[3] من الثلث فوجدت الإضافة إلى ما بعد الموت اعتبارًا.

قال محمد - رحمه الله -: التسليم إلى المتولي شرط لصحة[4] الوقف، حتى إن على قوله لو لم يسلم الوقف إلى المتولي، لا يزول[5] عن ملكه، وله أن يرجع في ذلك، وإذا مات يورث عنه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: التسليم إلى المتولي ليس بشرط، ويكتفى فيه بالإشهاد[6].

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أن الوقف شرع لإبطال ملك الواقف عن[7] العين لا للتمليك، فيصح من غير قبض قياسا على الإعتاق.

بيانه: أن التمليك من الله تعالى لا يتحقق من جهتنا مقصودا؛ لأن ما في أيدينا ملك لله [تعالى] على الحقيقة ولنا فيه ملك التصرف، وأنا إلينا إبطال ملك التصرف لا التمليك من الله تعالى.

والتقريب[8] ما مر بخلاف الصدقة المنفذة[9]، حيث لا تصح بدون القبض؛ لأن ما ثبت لله تعالى من الحق في الصدقة ثبت في ضمن التمليك من الفقير؛ لأن

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: مسألة.
(٣) في م: تعتبر.
(٤) في م: صحة.
(٥) في أ: يحول.
(٦) في م: الإشهاد.
(٧) في م: عين.
(٨) في أ: والتقدير.
(٩) في أ: المتقدمة.

التمليك من الفقير متصور، فما ثبت [لله تعالى في ضمنه يثبت][١] على سبيل التمليك، وإن كان التمليك من الله تعالى لا يتحقق ضرورة، وما ثبت في ضمن الشيء يكون حكمه حكم [ذلك][٢] الشيء.

وأما[٣] في الوقف: ما ثبت لله تعالى من الحق ثبت[٤] مقصودا لا في ضمن[٥] التمليك من العباد، فإن العين الموقوفة لا تصير ملكا للعباد، والتمليك من الله تعالى مقصودا من العبد لا يتحقق.

وجه قول محمد - رحمه الله -: قوله - عليه السلام -: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة محوزة»[٦] من غير فصل، والمعنى فيه: أن الوقف إزالة الملك بطريق التبرع فتمامه[٧] يكون بالتسليم كما في الصدقة، وهذا؛ لأنه لو [تم قبل][٨] التسليم فيؤدي إلى أن يصير تبرعه سببا للزوم ما تبرع به، وكذلك التأبيد شرط عند محمد - رحمه الله -، حتى لو وقف على جهة يتوهم انقطاعها بأن وقف على أولاده، وأولاد أولاده،ولم يجعل آخره للفقراء، لا يصح الوقف.

[و][٩] على قول أبي يوسف - رحمه الله - التأبيد[١٠] ليس بشرط، فإذا ماتوا، وانقرضوا[١١] يعود إلى ملكه، إن كان حيا، [وإلى][١٢] ملك ورثته، إن كان ميتا،

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في أ: ما.
(٤) في م: يثبت.
(٥) في م: ضمان.
(٦) أخرج عبد الرزاق موقوفًا (٩/١٠٧) من طريق مَنْصُورٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: «الْهِبَةُ لَا تَجُوزُ حَتَّى تُقْبَضَ وَالصَّدَقَةُ تَجُوزُ قَبْلَ أَنْ تُقْبَضَ»، وذكره ابن عبد البر في التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (٧/٢٣٩)، موقوفًا على أبي بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ.
(٧) في أ: فيما.
(٨) في أ: لم يقبل يلزمه.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: للتأبيد.
(١١) في م: فانقرضوا.

والخلاف[١] على هذا الوجه مذكور في شرح الطحاوي، وفي شرح شمس الأئمة السرخسي.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في آخر كتاب الوقف: أن الوقف باطل، ولم يذكر فيه خلافا، فيحمل ذلك على أنه[٢] قول محمد، وإن كان على الوفاق فهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: أن الوقف باطل.

وبعض مشايخنا قالوا: إن التأبيد [شرط][٣] صحة الوقف، وإنما الخلاف في تلك المسألة في شيء آخر، أن عند أبي يوسف - رحمه الله - يثبت التأبيد بنفس الوقف من غير اقتران شيء آخر به.

و[عند][٤] محمد - رحمه الله - لا يثبت التأبيد بنفس الوقف، فإذا مات أولاده، وانقرضوا، حينئذ تصرف الغلة إلى الفقراء، وهذا القائل يقول: ما ذكر في شرح الطحاوي، وفي شرح شمس الأئمة أنه إذا مات أولاده يعود إلى ملكه، خطأ.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا وقف أرضه على ذي الحاجة من ولده، وولد ولده ما تناسلوا أبدًا، فذلك جائز، ولو وقفها على فقراء ولده، ولم يجعلها[٥] على فقراء النسل منهم، لم يجز.

قال: ليس يجوز من الوقف إلا الوقف المؤبد، فإذا كان لقوم خاص لا يجوز الوقف عليهم؛ لأنه ينقطع، فهذا تنصيص أبي يوسف: أن التأبيد شرط.

وفيه أيضا عنه: لو وقف على فقراء [ولده، وأهل بيته، ونسلهم ما تناسلوا، فهو

---

(١٢) في م: إلى.
(١) في م: فالخلاف.
(٢) في م: أن.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: يجعل.

جائز، وإن انقرضوا، و[١] لم يكن استثنى] أنه لفقراء المسلمين، فإنه يرد على فقراء المسلمين.

قال: من قال[٢] إن أصلها صدقة على ذوي الحاجة فقد[٣] أجزنا، وكان الوقف في ذلك على الأبد.

قال: وليس هذا كالوقف على [ولد لا يذكر][٤] النسل فيه؛ لأن الوقف ليس بوقف على الأبد، وإذا ذكر النسل، فهو وقف أبدا.

وقال[٥]: وكذلك لو وقفه على نفس واحدة، ونسلها، فالواحد فيه، والجماعة سواء.

وعن الحسن عن أبي يوسف - رحمهما الله - فيما إذا وقف على ولده، ونسله وعلى أولاده، وأولاد أولاده [أبدا ما][٦] تناسلوا، قولا آخر سوى ما ذكرنا، وهذا إذا أمكن أن ينقرضوا، لم يجز الوقف، وإذا وقف نصف دار، أو نصف أرض على الفقراء، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يجوز.

وعلى قول محمد: لا يجوز.

واعلم أن الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف؛ ألا ترى أنه لو وقف نصف الحمام، يجوز، وإن كان مشاعا[٧]؛ لأنه لا يحتمل القسمة

---

(١) في أ: أو.
(٢) في م: قبل.
(٣) في م: وقد.
(٤) في م: ولده إلا بذكر.
(٥) في م: قال.
(٦) في م: إذا ما.
(٧) المشاع: - بضم الميم وفتحها-، اسم من «شاع»، والشائع: المنتشر، يقال: سهم مشاع، وشائع. أي: حصة من شيء غير مقسوم، وحصة منتشرة في كل جزء غير مفرزة ولا معينة. والمشاع: الشائع المشترك المبهم الذي لم يحدد.
ينظر: المعجم الوسيط، مادة (شاع) (١/ ٥٠٣، ٥٠٤)، مختار الصحاح (١/ ٣٥٤).

فصار[١] كهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة.

وأما الشيوع فيما يحتمل القسمة هل يمنع صحة الوقف؟[٢]

على قول محمد - رحمه الله -: يمنع.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يمنع.

هذه[٣] المسألة في الحاصل بناء على أن القسمة فيما يحتمل القسمة من تمام القبض، وأصل القبض فيما يحتمل ليس بشرط عند أبي يوسف - رحمه الله -، فكذا تمامه لا يكون شرطا.

وعند محمد: أصل القبض فيما يحتمل القسمة شرط، فكذا ما يتم به القبض، ولو وقف جميع أرضه أو داره، ثم استحق نصفه، أو ربعه، أو ما أشبهه شائعا، بطل الوقف فيما بقي عند محمد - رحمه الله -؛ لأن بالاستحقاق تبين أن ما وقفه الواقف كان مشاعًا، ووقف المشاع فيما يحتمل القسمة عنده باطل، وهذا بخلاف[٤] ما لو استحق شيئا منه بعينه حيث لا يبطل الوقف في الباقي؛ لأن هناك لا يتبين الشيوع في الباقي؛ لأن المستحق مميز فيما بقي، فهو بمنزلة ما لو وقف دارين فاستحق أحدهما.

ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف في وقف المشاع.

ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد - رحمه الله-.

ذكر في فتاوى أبي الليث تفريعا على قول أبي يوسف - رحمه الله -، فقال: إذا كانت الأرض بين شريكين وقف أحدهما نصيبه مشاعا، ثم اقتسما، فوقع نصيب الواقف في موضع لا يجب عليه أن يقف ثانيا؛ لأن بالتسمية تعين الموقوف، وإن أراد الاجتناب عن الاختلاف يقفه ثانيا.

---

(١) في م: وصار.
(٢) في م: القبول.
(٣) في م: وهذه.
(٤) في م: الخلاف.

وإن كانت الأرض [له كلها][(١)]، فوقف بعضها، ثم أراد القسمة، فالوجه في ذلك أن يبيع ما بقي، ثم يقتسمان؛ لأن القسمة إنما تجري بين اثنين، وإن لم يبع، ورفع إلى القاضي ليأمر إنسانا بالقسمة جاز؛ لأن القسمة جرت بين اثنين، فإن طلب بعضهم القسمة بين[(٢)] الواقف، أوالطرف الآخر.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يقسم، ويتهايئون.

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله -: يقسم، وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفا على الأرباب، وطلبوا القسمة أنه لا يقسم.

ذكر المسألة في النوازل، وفي واقعات الناطفي.

وصورة ما ذكر في النوازل: رجل وقف ضيعة له على بنيه وأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة، قال: [لا يجوز قسمة الوقف][(٣)] من أحد، وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة، وإنما ذلك للقيم.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه تفريعا على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقال: إذا كانت الأرض بين رجلين وقف أحدهما حصته منها، وهو النصف فله أن يقاسم شريكه، فيفرز حصة الوقف؛ لأن ولاية الوقف إليه، وإن كان الواقف قد مات فلوصيه أن يقاسم الشريك، ويفرز حصة الوقف. [والله أعلم][(٤)].

* * *

(١) في م: كلها له.
(٢) في م: يعني.
(٣) في م: قسمة الوقف لا تجوز.
(٤) سقط في م.

الفصل الثالث
في بيان ما يجوز من الأوقاف، وما لا يجوز

قال هلال - رحمه الله -: وقف أرض الحوز لا يجوز.

وتفسير أرض الحوز: [الأرض] التي حيزت لبيت المال بألا يقدر صاحبها على زراعتها، وأداء خراجها، فيدفعها إلى الإمام(١)؛ لتكون منافعها جبرا للخراج.

وإذا عرفت تفسير الأرض الحوز، فنقول: إن كان الإمام وقف هذه الأرض، لا يجوز، وإن كان وقفها صاحب الأرض، وهو المالك يجوز.

ذكر [شيخ الإسلام](٢) في أول شرح كتاب الوقف: أن الوقف على أقرباء الرسول ﷺ جائز وإن كانت الصدقة لا تحل لهم.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: [أنه لا](٣) يجوز صرف صدقات الوقف إلى الهاشمي إذا سمي في الوقف، وهو دليل جواز الوقف.

وفي الجامع الأصغر: أن الوقف على أهل [البيت](٤): بيت رسول الله ﷺ لا يجوز، كالصدقة، قال ثمة: في الصدقات(٥) الفريضة، والتطوع سواء.

وفي شرح القدوري: أن الصدقة الواجبة كالزكاة، والعشر، والنذور، والكفارات، لا يجوز.

وأما الصدقة على وجه الصلة، والتطوع، فلا بأس.

فصار في الوقف روايتان.

وفي صدقة التطوع روايتان أيضا.

ولو قال: مالي لأهل بيت النبي - عليه السلام -، وهم يحصون، يجوز.

---

(١) في م: للإمام.
(٢) في م: شمس الأئمة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: الصدقة.

وينصرف إلى أولاد فاطمة - رضي الله عنها-.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا وقف داره [على فقراء مكة، أو][١] علي فقراء قرية، إن كان الواقف في حياته، وصحته، والفقراء يحصون، لا يجوز هذا الوقف، [وإن][٢] كان الفقراء لا يحصون جاز الوقف، وإن كان الوقف بعد موته، يجوز، سواء كانوا يحصون، أو لا يحصون.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في باب الوقف الذي لا يجوز: إذا قال: أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على الناس، فالوقف باطل، والأرض على ملك الواقف، وكذلك إذا قال: [على بني آدم، أو على أهل بغداد، فإذا انقرضوا فهو على المساكين، فالوقف باطل، وكذلك][٣] لو قال: على الزمنى، والعميان، فالوقف باطل.

وذكر الخصاف مسألة العميان، والزمنى في موضع آخر.

[و][٤] قال: الغلة تكون للمساكين، ولا تكون للعميان، والزمنى، وكذلك لو وقف على قراء القرآن، أو على الفقهاء، فهو باطل.

وفي وقف هلال: على الزمن، والمنقطع صحيح، ويكون للفقراء منهم دون الأغنياء.

قال مشايخنا: الوقف على معلم المسجد يعلم الصبيان فيه، لا يجوز؛ لأنه مجهول، ولا يشترط فقره[٥] في الوقف.

وبعض مشايخنا قالوا: يجوز؛ لأن عامتهم [من][٦] الفقراء، والفقر فيهم غالب،

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: يعني لا يشترط فقره.
(٦) سقط في م.

فصار الفقر بحكم الغلبة.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - كان القاضي الإمام يقول: وعلى هذا القياس إذا وقف على طلبة علم كورة كذا، أو محلة كذا، يجوز، وإن لم يشترط فقرهم.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوقف: الحاصل في جنس هذه المسائل أنه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على ذوي الفقر، والحاجة، فالوقف صحيح سواء كانوا لا يحصون، أو يحصون.

قوله: سواء كانوا يحصون، يشير إلى أن التأبيد [ذكره](١) ليس بشرط.

وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه(٢).

ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الغني، والفقير، يعني ذكر اسما يتناول الغني، والفقير، فإن كانوا يحصون، فذلك صحيح(٣) باعتبار أعيانهم، يريد به: أنه يصح بطريق التمليك منهم، وإن كانوا لا يحصون، فهو باطل؛ لأنه لا يمكن تصحيحه وقفا؛ لأنه لا يكون قصده الصدقة إذا كان يستوي فيه الغني، والفقير، فلو صح بطريق التمليك، وهم مجهولون، والتمليك من المجهول باطل.

قال: إلا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى، فحينئذ إن كانوا يحصون، فالأغنياء، والفقراء منهم سواء، وإن كانوا لا يحصون، فالوقف عليهم صحيح، ويصرف إلى فقرائهم دون أغنيائهم؛ لأن(٤) الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره.

قال الخصاف في كتابه: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على اليتامى، فهو وقف على فقراء اليتامى، وكذلك إذا قال: على الزمنى، ولو قال: على يتامى بني

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: خلافه.
(٣) زاد في أ: لهم.
(٤) زاد في أ: فيهم.

فلان وهم بنو أب يحصون، فهذا باطل، يعني لا يكون وقفا، فإن كانوا لا يحصون فهو جائز، وهم الفقراء منهم دون الأغنياء، وهذا بناء على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله-.

وفي وقف هلال: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة علي الجهاد أو الغزو أو في أكفان الموتى أو في حفر القبور أو غير ذلك مما يشبهها، فذلك جائز؛ لأن هذه الوجوه مما يتأبد، فصار الوقف على هذه الوجوه بمنزلة الوقف على المساكين.

وفي وصايا «المنتقى» لابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف يقول: إذا أوصى بثلثه في أكفان موتى المسلمين أو في حفر مقابر المسلمين. وذكر ثمة أصلا فقال: الوصية إذا وقعت للفقراء لا يشترط القنية، بخلاف ما إذا وقعت مطلقة.

في «وقف هلال»: إذا وقف على أبناء السبيل صح؛ لأنهم لا ينقطعون، ويكون لفقراء أبناء السبيل دون أغنيائهم كما في اليتامى.

إذا قال: جعلت أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبداً على فلان مدة حياته، فالوقف جائز ويكون الغلة لفلان ما دام حيًّا، فإذا توفي كانت الغلة للمساكين؛ لأنه قال: أبدا، وكذلك إذا قال: على فلان، ولم يقل: حياته، ولو قال[١]: موقوفة على فلان بعد موتي سنة، فإنها تكون على ما قال سنة، ثم يرجع[٢] إلى الورثة؛ لأن هذه وصية.

إذا قال: جعلت أرض فلان صدقة موقوفة على فقراء المساكين، فبلغ ذلك صاحب الأرض فأجاز، فإنه يكون وقفا من قبل مالكها.

سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عمن وقف أرضا على مصاحف موقوفة أن يصلح ما يدرس منها قال: الوقف باطل؛ لأن هذا، ليس من أوقاف الناس.

في وقف هلال: رجل اشترى أرضا بيعا جائزا، ووقفها[٣] قبل القبض، ونقد

(١) زاد في م: حياته ولو قال.
(٢) في م: رجع.
(٣) في م: وأوقفها.

الثمن، [فالأرض موقوفة](١)، فإن أدى الثمن وقبضها، فالوقف جائز، وإن مات، ولم يترك مالا، تباع الأرض، ويبطل الوقف.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ.

وهذه ثلاثة فصول: العتق، والبيع، والوقف، فالعتق قبل القبض ينفذ بلا خلاف، ويكون قبضا، والبيع لا يصح قبل القبض عند محمد - رحمه الله - بلا توقف، والوقف يتوقف بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله-.

وكان الفقيه أبو نصر محمد بن سلام يقول: ينبغي أن يبطل الوقف، ولا يتوقف كالبيع، ولكن فرق بينهما هلال.

ووجه الفرق: أن الوقف يشبه العتق من حيث إنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، ويشبه البيع من حيث إنه يحتمل النقض بعد وقوعه، فلشبهه بالعتق لا يبطل، ولشبهه(٢) بالبيع لا ينفذ، فقلنا بالتوقف، وهذا الجواب على قول من [لم يشترط القبض لصحة الوقف ظاهر، وعلى قول من](٣) يشترط وهو محمد - رحمه الله - كان الوقف كالهبة، ومن وهب قبل القبض، وسلط الموهوب له على القبض صح، كذا الوقف.

* * *

(١) في م: فالأمر موقوف.
(٢) في م: والشبهة.
(٣) سقط في م.

نوع آخر في وقف المنقول:

يجب أن يعلم أن وقف المنقول تبعا للعقار جائز، بأن جعل أرضه وقفا مع العبيد، والثيران الذين يعملون فيها، ويصير المنقول وقفا تبعا للعقار.

وأما إذا وقفه مقصودا[(١)]، إن كان كراعا، وسلاحا، يجوز، ويعني بالسلاح: جنس السلاح، ويعني بالكراع: جنس الخيل، والإبل، وإن كان سوى ذلك، إن كان شيئا لم يجر التعارف بوقفه، كالثياب، والحيوان، لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفا كالفأس، والقدوم، والجنازة، وثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من الأواني، والقدور في غسل الموتى، والمصحف لقراءة القرآن.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: لا يجوز.

وقال محمد: يجوز، وإليه ذهب عامة المشايخ، منهم: شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله-.

وفي شرح السير الكبير: أن عند أبي يوسف - رحمه الله -: وقف المنقول لا يجوز إلا فيما جرى التعامل فيه، وفيما لم يجر، لا.

وذكر في شرح كتاب الوقف فقال[(٢)]: ما تعارفه الناس، وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز كما في الاستصناع، وغير ذلك.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إذا وقف أواني لغسل الموتى، أو ثيابا لتكفين[(٣)] الموتى، يجوز.

وإذا وقف غطاء يغطي[(٤)] على الميت إذا حمل على الجنازة، لا يجوز؛ لأنه لا حاجة للميت إلى ذلك.

وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه إذا جعل ظهر دابته، أو غلة عبده في

---

(١) في م: بمقصود.
(٢) في م: وقال.
(٣) في م: لتجفيف.
(٤) في م: ليغطي.

المساكين، لا يصح في قول علمائنا - رحمهم الله -، أما على قول أبي يوسف، فلأنه لا يرى الوقف في المنقول إلا في الكراع.

وأما على قول محمد - رحمه الله - فإنه يعتبر العرف، ولا عرف في هذه الصورة.

سئل أبو نصر عمن وقف الكتب قال: [كان] محمد بن سلمة: لا نجيزه، ونصير - رحمه الله - يجيزه، وقد وقف كتبه.

وكان الفقيه أبو جعفر يجيز ذلك، ويأخذ به، وسئل عن وقف بقرة على رباط على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل، قال: إن كان في موضع يغلب ذلك في أوقافهم، رجوت أن يكون جائزا، ومن المشايخ من قال: بالجواز مطلقا؛ لأنه جرى التعارف في ديار المسلمين بذلك.

وذكر في الواقعات: ذكر هلال البصري في وقفه: وقف البناء من غير وقف الأصل، لم يجز، وهو الصحيح.

وكذلك وقف [الكردار بدون][1] الأصل لا يجوز، وهو المختار؛ لأن الكردار والبناء منقول، ووقفهما غير متعارف، وإذا كان أصل البقعة موقوفة على جهة قربة فبنى عليها بناء، ووقف بناءها على جهة قربة أخرى، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن جهة القربة إذا اختلفت لا يصير البناء تبعا للبقعة، فأشبه ما إذا كانت البقعة له واستثناها[2] لنفسه.

وقال بعضهم: يجوز؛ لأن جهات القربة، وإن اختلفت فأصل القربة يجمعها، واختلاف [الجهة لا يوجب اختلاف][3] الحكم بعد اتفاق أصل القربة لا يضر هذا، كما قلنا في سبعة نفر نحروا بقرة، أو بدنة، ونوى بعضهم الأضحية، وبعضهم هدي

---

(١) في م: كردارا بلا وقف.
(٢) في م: واستثناه.
(٣) سقط في م.

المتعة أو القران، وبعضهم جزاء الصيد، وبعضهم التطوع، جاز أصل القربان، وبمثله لو نوى بعضهم اللحم، لا يجوز، كذا هاهنا.

وأما إذا وقف البناء على الجهة التي كانت البقعة وقفا يجوز بالاتفاق، ويصير تبعا للبقعة، كما لو وقف البناء، والعرصة[١] جميعا على جهة واحدة.

وأما إذا غرس شجرة، ووقفها، إذا[٢] غرسها في أرض موقوفة، فلا يخلو: إن وقفها بموضعها من الأرض، صح تبعا للأرض بحكم الاتصال، وإن وقفها دون أصلها، لم يصح، وإذا[٣] كانت في أرض موقوفة فوقفها على تلك الجهة جاز، وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الاختلاف الذي مر، وهذا؛ لأن الشجرة نظير البناء من حيث إن قيامها بالأرض، وهي تبع بحكم الاتصال كالبناء.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا وقف أرضا، ومعها رقيق يعملون فيها ينبغي أن يسمى الرقيق في الوقف، ويبين عددهم، وكذلك إذا كان في ذلك بقر ينبغي أن يسمي البقر في الوقف، ويبين عددها، وينبغي][٤] أن يشترط في الصدقة نفقة[٥] الرقيق، والبقر من غلة الأرض، فإن ضعف بعض الرقيق عن العمل، فإن له أن يبيعه، ويشتري بثمنه غلاما مكانه، فإن لم يجد بثمنه غلاما مكانه فأراد[٦] أن يزيد من[٧] غلة الأرض فلا بأس بذلك؛ لأن ذلك من عمارة الأرض، وكذلك الحكم في الدواب، وآلات الزراعة إذا وقفت مع الأرض، و[٨] لولاة الصدقة أن يستعملوا

---

(١) العرصة: يقال: عَرْصَةُ الدار: ساحَتُها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء. وفي التهذيب: وسُميت ساحةُ الدار عَرْصة؛ لأن الصبيان يعترصون فيها، أي: يلعبون ويمرحون. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٤٠٢)، مادة (ع، ر، ص).

(٢) في م: إن.

(٣) في م: وإن.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: أن النفقة.

(٦) في م: وأراد.

(٧) في م: في ذلك عن.

(٨) في م: ولولاته.

ذلك.

وعن الأنصاري - وكان من أصحاب زفر - رحمه الله -: إذا وقف الدراهم، أو الطعام، أو ما يكال ويوزن صح[١]، ويدفع الدراهم مضاربة، [ثم][٢] يتصدق بفضلها في الوجه الذي وقف عليه، وما يكال، ويوزن ويباع، ويدفع ثمنه مضاربة، فعلى هذا القياس إذا قال: هذا الكرم من الحنطة وقف على شرط أن يقرض [للفقراء الذين لا بذر لهم؛ ليزرعوه[٣] لأنفسهم، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض، ثم يقرض] لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل، فهو[٤] جائز، ومثل هذا كثير في الجبال التي في ناحية نهاوند.

وفيه أيضا: أن وقف الأكسية جائز، ويدفع الأكسية إلى الفقراء فينتفعون[٥] بها في أوقات لبسها في الشتاء، ثم [يردونها إلى القيم][٦].

وسئل أبو نصر عمن وقف دارا فيها حمامات يطرن، ويرجعن، قال: يدخل في وقفه الحمامات الأهلية.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -، وفيه أيضا: لو وقف برج حمام أرجو أن يكون جائزا؛ لأن الحمامات، وإن كانت منقولة إلا أنها تصير وقفا تبعا للبيت كما لو وقف ضيعة بما فيها من الثيران، والعبيد، وكذلك لو وقف بيتا فيه كوارات العسل يجوز، ويصير النحل وقفا تبعا للبيت، والعسل، ويجب أن يكون تأويل هذه المسألة[٧] بأن يوقف البيت، والبرج بما فيه من النحل والحمام، كما لو وقف الأرض مع العبيد، والثيران.

---

(١) في م: أنه يجوز.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أن يزرعوها.
(٤) في م: فهذا السبيل.
(٥) في م: فيتمتعون.
(٦) في م: يرجونها في الغنم.
(٧) في م: المسائل.

[إن][١] وقف كراسة على مسجد للقراءة، أو على أهل المسجد، فالوقف على المسجد جائز، والوقف على أهل المسجد إن كانوا يحصون، يجوز أيضا.

وفي الوقف للحسن بن [أبي][٢] زياد: إذا اشترى مصاحف، وجعلها في المسجد الحرام، أو في غيره من المساجد وقفا مؤبدا لأهل ذلك المسجد، ولجيرانه، ولمارة الطريق، ولابن السبيل يقرؤون، فهو جائز في قول أبي يوسف - رحمه الله-.

وفي السير الكبير: إذا أوصى الرجل بأن يجعل فرسه حبيسا في سبيل الله، وسلاحه[٣]، أو يجعل مصحفه حبيسا يقرأ فيه، أو داره حبيسا يسكنها الغزاة، أو يؤجر[٤] فيكون أجرها في سبيل الله تعالى، أو أرضه حبيسا فتزرع، ويكون غلتها في سبيل الله تعالى، أو يجعل عبده حبيسا يخدم الغزاة، أو يؤجر[٥]، ويجعل أجرته في سبيل الله تعالى، أو يجعل الفأس، أو[٦] القدوم حبيسا في سبيل الله تعالى، أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي يتقرب العبد بها[٧] إلى الله تعالى، فذلك كله جائز عند محمد - رحمه الله - من الثلث.

ومن أخذ الفرس الحبيس؛ ليركبه في سبيل الله تعالى، فنفقته عليه حتى يرده؛ لأنه هو المنتفع[٨] به، والنفقة إنما تجب على من يحصل له حق المنفعة؛ ألا ترى أن

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أو سلاحا.
(٤) في م: تؤاجر.
(٥) في م: يؤاجر.
(٦) في م: و.
(٧) في م: به.
(٨) المنتفع ما دام له حق الانتفاع فليس لأحد أخذ العين منه، فإن انتهى حق الانتفاع في الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها، وجب عليه ردها، وإن استهلك الأشياء التي لا ينتفع بها إلا إذا استهلكت، ثم قدر على رد مثلها وجب عليه رد المثل، وإن بقيت العين تحت يده حتى مات ولم يردها إلى صاحبها، فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن تكون العين موجودة في التركة، أو غير موجودة، فإن كانت موجودة أخذها صاحبها، وإن كانت غير موجودة أخذ مثلها من تركة المنتفع إن كانت من المثليات، أو قيمتها إن كانت من القيميات؛ لأنه مات مجهلاً لها فيضمنها.

منفعة العبد الموصى بالخدمة لما كانت تعود إلى الموصى له بالخدمة كانت نفقته عليه ما دام يخدمه كذا هاهنا، وكذلك نفقة المستعار على المستعير ما دام في يد المستعير؛ لأنه هو المنتفع بالمستعار كذا هاهنا، وكذلك السلاح الذي هو حبيس في سبيل الله تعالى [من حفظه][١] يكون حفظه وإصلاحه عليه حتى يرده، ولو كان الوصي هو الذي ركب الفرس الحبيس، أو تسلح بالسلاح، فلا بأس بذلك إذا كان الوصي غير وارث؛ لأنه ليس في لفظ الموصي ما يوجب خروج الوصي عن هذه الصفة، فصار هذا، وقوله: ضع سلاحي؛ ضع فرسي حيث أحببت سواء، وهناك يجوز للموصي[٢] أن يركب الفرس، وأن يتسلح بالسلاح كذا هاهنا، ولا ينبغي للموصي[٣] أن يعطي ذلك بعض ورثة الميت إلا برضاء الباقين إذا كانوا كبارا، فإن أعطاه مع ذلك من غير رضاء باقي الورثة، فنفق الفرس تحته كان لباقي الورثة أن يضمنوا إن شاؤوا الوصي، وإن شاؤوا الوارث الراكب؛ لأن الوصي متعد في الدفع، والوارث في الركوب، ويشتري بالقيمة فرسا، ويجعل حبيسا في سبيل الله تعالى، حتى لا تنقطع الصدقة عن الواقف، فإن ضمنوا الوارث، فالوارث لا يرجع على الوصي؛ لأن الوارث ضمن بفعل نفسه، وإن ضمنوا الوصي كان له أن يرجع على الوارث؛ لأن الوصي ملكه بالضمان، فتبين أن الوارث ركب فرس الوصي.

فإن قيل: قد رضى بركوب الوارث فإنه يدفع[٤] إليه باختياره فهو نظير الغاصب إذا وهب المغصوب لرجل، أو أعاره منه، فهلك في يده، ثم ضمن الغاصب القيمة فإنه لا يرجع على الموهوب له، وعلى المستعير، وطريقه ما قلنا، فهاهنا يجب أن يكون كذلك.

فالجواب في تلك الصورة: وهو ما إذا وهب الغاصب الغصب[٥]، أو أعاره

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: للوصي.
(٣) في م: للوصي.
(٤) في م: دفع.
(٥) في م: المغصوب.

[الغاصب، فقد][(١)] قصد الصلة من جهة نفسه لا من جهة غيره، فإذا ملكه بالضمان تتم الصلة من جهته، فيحصل مقصوده فلا يرجع على الموهوب له وعلى المستعير.

فأما في مسألتنا: قصد الصلة من جهة الميت، فإذا ملكه بالضمان تتم الصلة من جهة الميت، [وإذا ملك][(٢)] بالضمان تتم الصلة من جهته، وهو ما رضي بالصلة من جهته، فكان قبض الوارث بغير إذن الوصي، فكان له الرجوع عليه.

إذا أوصى بعبد له وقفا في سبيل الله؛ يداوي الجرحى، وهو طبيب، أو يسقي الماء للغزاة في سبيل الله، أو يخدم الغزاة، أو يؤجر، [وتنفق][(٣)] غلته في سبيل الله - تعالى - قال: يعطي الغلة الفقراء؛ ولأن الغلة صدقة تمليك، ومحل الصدقة الفقراء.

وأما من استسقى من الغزاة يسقي غنيا كان، أو فقيرا؛ لأن هذا ليس بصدقة تمليك، بل هو إباحة الانتفاع، [وما كان طريقه][(٤)] طريق الإباحة يستوي فيه الغني، والفقير [كالماء الموضوع في الطريق للشرب[(٥)] فإنه يستوي في إباحة تناوله الغني، والفقير][(٦)]، قال: وأفضل ذلك أن يكون لأجل الحاجة؛ لأن[(٧)] الغني يقع له الكفاية بدون ذلك؛ لأنه[(٨)] يشتري عبدا فيخدمه فيستقي الماء.

وأما الفقير، فلا يقع له الكفاية بدون ذلك، فكان الفقير أولى به، وإن مات القيم في حياة الذي حبس ذلك، أو بعد وفاته، فالأمر فيه إلى من ولاه[(٩)] القيم ذلك؛ لأنه

---

(١) في م: المغصوب.
(٢) في م: فإذا ملكه.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: وأما.
(٥) الشرب - بكسر الشين-: الحظ من الماء، وبضمها: فعل الشارب. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٣١٢)، مادة (ر هـ ن).
(٦) سقط في م.
(٧) في م: إلا أن.
(٨) في م: فإنه.
(٩) في م: ولاية.

قائم مقام القيم، فكان الأمر في ذلك إلى القيم في حياته، فكذا إلى من قام مقامه.

واعتبره بالوصي إذا مات فأوصى إلى غيره، كان وصي الوصي أولى بالتصرف من غيره في مال الصغير، فكذا هاهنا، وإن مات القيم في حال حياة[١] الذي حبس، ولم يول[٢] أحدا أمر[٣] الحبيس، فإن القاضي يجعل القيم في ذلك من أحب، ولا يكون للذي حبسه في ذلك شيء، كذا ذكره محمد - رحمه الله - هاهنا.

وذكر الخصاف في كتابه: أن الذي حبسه هو الذي يولي غيره، وهكذا ذكر هلال في كتابه.

ووجه ما ذكر: أن القيم لو ولى غيره ومات يجوز توليته، وإنما يملك القيم تولية غيره بولاية استفادها من جهة الذي حبسه، فلأن يجوز للذي حبسه أن يولى غيره بولاية نفسه، كان أولى.

وجه ما ذكر محمد - رحمه الله -: أن الذي حبسه لما دفعه إلى القيم، فقد خرج الحبيس عن ملكه، وعن يده، وصار هو في حق الحبيس بمنزلة سائر الأجانب؛ ألا ترى أنه لو أراد أن يخرجه من يد القيم ليس له ذلك، وليس لسائر الأجانب تدبير في هذا الأمر، فكذا لا يكون للذي حبسه فيه تدبير، فإن جعل حبيسا، وشرط أن يكون هو القيم فيه [فهو][٤] باطل على قول من يرى التسليم إلى المتولى شرطا، وإن دفع ذلك إلى القيم يقوم به، وشرط أنه إن مات القيم كان الأمر في نصب القيم إليه، فذلك جائز على ما شرط، فإذا مات القيم قبل الذي حبسه كان الرأي في نصب القيم الذي حبسه اعتبارا لشرطه، فإن شروط الواقف معتبرة مرضية، إلا أن في المسألة الأولى إنما لم يعتبر شرط الواقف؛ لأن به ينعدم ما هو شرط صحة الوقف، وهو التسليم إلى المتولي، وهذا المعنى لا يتأتى في المسألة الثانية، وكذلك لو شرط قيما

---

(١) في م: حياته.
(٢) في م: يدل.
(٣) في م: من.
(٤) سقط في م.

بعد قيم، فذلك جائز، وليس للقيم إذا مات أن يجعل الولاية إلى غير [ما][(١)] شرط الذي حبسها؛ [لأن شرطه كما روعي][(٢)] في حق القيم الأول، فكذا في حق القيم الثاني، وقد وجد من وقوف السلف هكذا، والدليل عليه أن مثل هذا الشرط يجوز في ولاية السلطة[(٣)] والإمارة، روي أن رسول الله ﷺ بعث سرية، وأمر عليهم زيد ابن حارثة، ثم قال: «إن قتل زيد، فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر، فعبد الله بن رواحة أميركم»[(٤)]، وكان كما قال، فلما جاز مثل هذا الشرط ثمة فكذا هاهنا، وإذا جعل فرسه [حبيسة في سبيل الله تعالى، ودفعه حبيسا في سبيل الله تعالى.

وقال: إن استغنيت عنه فادفعه إلى غيرك][(٥)] حبيسا في سبيل الله تعالى، فهو جائز، وهو نظير ما لو وقف على قوم بأعيانهم على أنهم [إن استغنوا][(٦)] فمصرفه الفقراء، وذلك جائز، فهذا كذلك، وإن مات صاحب الفرس لا يصير ميراثا[(٧)] لورثته، وإن مات المعطى إليه كان حبيسًا على من أوصى صاحب الفرس له [به][(٨)] حبيسًا، ليس لصاحب الفرس عليه سبيل، وإن استغنى المعطى إليه، أو ترك الجهاد، ورجع إلى أهله لزمه أن يدفعه إلى غيره، ويكون حبيسا عنده اعتبارا لشرط

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: اعتبار الشرط الحابس ألا ترى أنه اعتبر شرطه.
(٣) في م: السلطنه.
(٤) أخرجه البخاري (٧/ ٥٨٣) كتاب المغازي، باب: غزوة مؤتة، حديث (٤٢٦١).
(٥) سقط في م.
(٦) في م: استعينوا.
(٧) الميراث في اللّغة يطلق على المال المنتقل عن الميّت، ويُقال له أيضًا: ورَاثةٌ، وإرث، وتُراث. وقيل: الميراث في المال، والإرثُ في الحسب.
ينظر: لسان العرب (٦/ ٤٨٠٩)، مادة (ورث)، وعمدة الحفاظ، للسمين الحلبي (٤/ ٢٨٢٩)، مادة (ورث)، وشذا العرف في فن الصرف، لأحمد الحملاوي، ص (٢٠٣).
والميراث في اصطلاح الفقهاء عبارة عن: استحقاق الوارث نصيبه مما تركه الميّت.
ينظر: دراسات في الشريعة الإسلامية، أ.د. عبد الجليل سعد القَرَنْشَاوي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط (٢)، ١٩٨٩م، ص (١٣).
(٨) سقط في م.

صاحب الفرس، فإن [كان][1] دفعه إلى غيره، ثم بدا له أن يرجع إلى الجهاد، وأراد أن يأخذ الحبيس، ليس له ذلك؛ لأن الأول دفع الحبيس إلى الثاني بإذن، فكأن صاحب الحبيس هو الذي دفع بنفسه، ولو كان دفع بنفسه، لم يكن لأحد أن يأخذه منه، كذا هاهنا، وإن كان صاحب الفرس شرط للأول أنه إذا استغنى، ودفعه إلى غيره، ثم احتاج إليه، أو رجع إلى الغزو كان هو أولى، فهو جائز على ما شرط، وهو نظير ما ولو وقف على أولاده، فإن استغنوا فالوقف لفلان، وإن احتاج أولاده بعد ذلك، دخلوا في الوقف، وذلك جائز، فهذا كذا.

ولو جعل فرسه في سبيل الله عشرين سنة، ثم هي مردودة على الذي حبس، أو وقف إن كان حيا، وعلى ورثته إن كان ميتا، لا يجوز هذا الحبس، وهذا الوقف، وهو على قول من يرى التأبيد شرطا لصحة الوقف، [وهو قول محمد - رحمه الله-.

أما على قول من لا يرى التأبيد شرطا لصحة الوقف، وهو][2] أبو يوسف، يجوز [هذا][3] الحبس، و[هذا][4] الوقف.

ولو أن رجلا [جعل][5] فرسه حبيسا في سبيل الله تعالى، ودفعه إلى غيره على أنه إن استغنى عنه المدفوع إليه أو حضره الموت دفع إلى غيره، فلم يغز المدفوع إليه سنته تلك فدفعه إلى غيره يغزو عليه إعارة، فلا بأس بذلك لأنه دفع إلى غيره بأمر صاحبه، وبحكمه؛ لأن صاحبه شرط [عليه][6] أن يدفعه إلى غيره إذا استغنى عنه، [وقد استغنى][7] حيث لم يغز في تلك السنة [فله أن يدفعه إلى غيره][8]؛ ولأنه قد

(١) سقط في م.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: و.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.

ملك منافع الفرس في الغزو؛ ألا ترى أن صاحب الفرس لم يملك أخذ الفرس منه، فصار بمنزلة المستعير [له أن يعير][١]، وهذا التعليل يشير إلى أنه، وإن لم يقل صاحب الفرس للمدفوع إليه: فإن استغنيت عنها فادفعه إلى غيرك أن له أن يدفعه إلى غيره عارية، وليس له أن يؤاجر الفرس من غيره كما ليس للمستعير أن يؤاجر، فإن أجره من غيره؛ ليغزو عليه فغزا عليه المستأجر، فالأجر للآجر؛ لأنه هو العاقد، فإن عطب في يده من ركوبه، أو من غير ذلك كان للقاضي الخيار بين تضمين [الآجر، وبين تضمين][٢] المستأجر؛ لأن كل واحد منهما متعد في حق الفرس، فإن ضمن الآجر لم يرجع بما ضمن على المستأجر؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع المستأجر بما ضمن على الآجر؛ لأنه مغرور من جهته، والمغرور يرجع على الغار بما غره، ثم يشتري القاضي بالقيمة فرسا، ويجعله حبيسا على الآجر؛ [لأن الفرس الثاني قائم مقام الفرس الأول، ولو كان الفرس قائما كان حبيسا على الآجر][٣]، فكذا هذا الفرس.

قال: ويتقدم القاضي إليه [فيه][٤] أن [لا][٥] يؤاجره، يفعل ذلك بطريق النصيحة؛ لأنه بالإجارة يصير مرتكبا ما ليس له ذلك، والقاضي نصب ناصحا للمسلمين، ولو قتل الفرس غير الذي [حبس][٦] عليه، أو ركبه[٧] بغير أمره، فعطب تحته، كان ضامنا لقيمته، يأخذها الذي حبسه عليه ويشتري بها فرسا آخر فيكون حبسا في يده.

---

(١) في م: وللمستعير أن يغزو.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في م: غيره.

و[لو](١) أن رجلين في يد كل منهما فرس حبيس على هذه الصفة من جهة غيره، دفع كل واحد منهما الفرس الذي في يده إلى صاحبه؛ ليغزو عليه على أن يدفع صاحبه الفرس الذي في يده إليه ليغزو عليه شرطا ذلك بينهما شرطا، فهذا فاسد؛ لأن هذا مبادلة المنفعة بجنسها، [ومبادلة المنفعة بجنسها](٢) إجارة فاسدة، عرف ذلك في موضعه، فإن عطب أحد الفرسين، فالقاضي يضمن أيهما شاء، وإن سلما كان على كل واحد منهما أجر مثل الفرس الذي غزا عليه؛ لأنه منفعة بحكم إجارة فاسدة وإن كان دفع كل واحد منهما الفرس الذي في [يده إلى](٣) صاحبه حتى غزا عليه من غير شرط(٤) بينهما، فهذا لا بأس به؛ لأنه إذا لم يكن ذلك مشروطا بينهما لا يكون هذا مبادلة [المنافع بالمنافع](٥) بل يكون عارية محضة.

وقد ذكرنا أن المحبوس عليه الفرس له أن يعير الفرس للغزو.

ولو أن رجلا جعل خيلا له في سبيل الله، ودفعها إلى وكيل له، يكون هو الذي يوزع الخيل(٦) إلى الغزاة، إذا غزوا، ولم يشترط ردها إليه فهو جائز، ولا بأس للوكيل أن يوزعها بين الفقراء من الغزاة، وبين الأغنياء؛ لأن هذا إباحة، وليس بتمليك.

وقد ذكرنا قبل هذا أن في مثل هذا يستوي الغني، والفقير، فإن دفع الوكيل إلى رجل فرسا وقال: اركب في سبيل الله [فليس له أن يحمل غيره، فهو مستعير، والمستعير إذا شرط ركوب نفسه، ليس له أن يركب غيره كذلك هاهنا، وإن قال: خذه في سبيل الله، ولم يشترط عليه أن يكون هو الذي يركبه، فلا بأس بأن يحمل

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في س: يد.
(٤) زاد في م: مشروط.
(٥) في م: للنافع.
(٦) في م: الخيول.

عليه غيره ممن يغزو في سبيل الله كما إذا أعاره، ولم يشترط على المستعير ركوب نفسه][١].

ولو أن هذا الوكيل أعطى رجلًا فرسا في سبيل الله، وأعطى رجلا آخر فرسا في سبيل الله، فقال الرجلان كل واحد منهما لصاحبه: أعطيك فرسي تغزو عليه على أن تعطيني فرسك أغزو عليه، ففي القياس هذا باطل، وإذا[٢] عطب الفرسان، أو أحدهما كان عليهما الضمان ممن يغزو في سبيل الله.

[وفي الاستحسان][٣] لا بأس به، وإذا عطبا، أو عطب أحدهما، فلا ضمان، وجه القياس في ذلك: أنهما لما شرطا ذلك فيما بينهما، فقد بادلا[٤] المنفعة بجنسها، فيكون إجارة فاسدة، وصار كما لو كان الفرسان لرجل[٥].

وفي الاستحسان: اعتبر حال الحابس وأنه رجل واحد، والأفراس كانت له، ومعنى هذا أن الوكيل قائم مقام الحابس.

فكأن الحابس دفع بنفسه، ولو كان الحابس دفع بنفسه، وباقي المسألة بحالها لم يكن به بأس؛ لأن المدفوع إليهما استفاد الانتفاع من جهة الحابس فقاما مقامه، والحابس لو قال لأحدهما: أعط فرسك من صاحبك؛ ليغزو عليه على أن يعطيك فرسه؛ لتغزو عليه لم يكن به بأس، ولم يكن ذلك إجارة؛ إذ الرجل لا يؤاجر بعض أفراسه ببعض، كذا هاهنا.

وأما إذا كانا[٦] لرجلين يتحقق صورة الإجارة؛ لأن منافع الفرسين لمالكين

---

(١) في م: لأنه إنما أعطاه ليركب بنفسه ومن دفع إلى غيره فرسا ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره عرف ذلك في موضعه، وإن أعطاه إياه وقال: خذه في سبيل الله ولم يشترط عليه أن يركب هو فلا بأس بأن يحمل غيره عليه كما في غير عارية الدابة للركوب إذا لم يشترط على المستعير الركوب بنفسه.
(٢) في م: وإن.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: تبادلا.
(٥) في م: لرجلين.
(٦) في م: كان.

مختلفين، والرجل يؤاجر فرسه بفرس غيره، هذا إن اعتبرنا حال الحابس، وإن اعتبرنا حال القيم لما أن الأفراس زالت عن ملك الحابس، فالقيم واحد، وأنه قائم مقام الحابس، [والحابس إن](١) كان واحدا، وباقي المسألة بحالها، لم يكن به بأس، فكذا إذا كان القائم مقام المالك واحدا، ولو أن هذين الرجلين أخذ كل واحد منهما فرسه من صاحبه بدراهم، أو دنانير على أن يغزو عليه، فهذا لا يجوز؛ لأن هذا إجارة؛ لأن الدراهم والدنانير مالهما، وليس بمال صاحب الفرسين، فهذا مقابلة [بملك الغير](٢) فيكون إجارة، وليس لهما ولاية الإجارة، وليس للوكيل أن يؤاجر شيئا من هذا الخيل للغزو، ولو كان فعل كان ضامنا، وإن [احتاج](٣) الخيل إلى النفقة كان للوكيل أن يؤاجرها [لغير الغزو؛ و](٤) لأن الإجارة والحالة هذه من جملة الغزو؛ ولأن الحيوان لا يعيش بدون النفقة، فإذا لم يكن في يد الوكيل مال ينفق عليه لو لم يؤاجره يهلك(٥)، ولا يحصل الغزو [به لأنه](٦) يؤاجر للغزو؛ ولأنه يبطل به معنى الثواب، والذي حبسه قصد به الثواب، فالإجارة للغزو مما تبطل ما هو مقصود الحابس، ولا كذلك الإجارة لغير الغزو.

ونظير هذا ما ذكرنا في كتاب الوقف: إذا جعل الرجل خانا لمارة الطريق فاحتاج الخان إلى المرمة، كان للقيم أن يؤاجر بعض منازله بقدر ما يحتاج إلى المرمة(٧).

يوضح ما قلنا: [أن](٨) الذي حبس لو أذن للوكيل بذلك صريحا بأن قال له:

---

(١) في م: إذا.
(٢) في م: تلك العين.
(٣) سقط في م.
(٤) في س: للغزو.
(٥) في س: فهلك.
(٦) في م: إلا أن.
(٧) في س: المره.
(٨) سقط في م.

إذا[١] احتاج إلى النفقة، فأجره بقدر نفقته، كان للوكيل ذلك، وهاهنا إن لم يوجد الإذن صريحا، فقد وجد الإذن دلالة؛ لأن الإجارة للمنفعة تعود إلى إصلاح الدابة؛ لأنها لا تبقى حبيسا إلا بعد السعي في إصلاحها، وإن رفع الوكيل الأمر إلى القاضي [حتى يؤاجر بأمر القاضي][٢]، فذلك أحسن، ولو لم يرفع، وفعل ذلك بنفسه فهو جائز لما قلنا، وإذا جعل الرجل فرسه حبيسا على رجل، ودفعه إليه، ثم أراد المحبوس عليه أن [يركبه في حوائجه][٣]، فإن ركبه خارج المصر على مسيرة يوم، أو يومين، أو ثلاثة، فليس له ذلك قياسا واستحسانا، وإن ركبه في المصر في حوائجه، أو حول المصر لشهود الجنازة، أو لتشييع المسافرين، فالقياس: ألا يكون له ذلك.

وفي الاستحسان: له ذلك، وله أن يعير في هذا أيضا استحسانا.

ووجه القياس: أن الحابس أذن له بالركوب في الغزو، ولم[٤] يأذن له بالركوب في [حوائجه، فيكون ركوبا][٥] بغير إذن، فلا يكون [له][٦] ذلك، وصار كالركوب خارج المصر على مسيرة يوم، أو يومين، أو ثلاثة.

وجه الاستحسان: أن قليل الركوب يرجع إلى إصلاح الدواب، فإن من الدواب ما إذا ربط في [المربط بأخذ يداها، أو رجلاها، لا يركب أحيانا][٧]، ويفسد سيرها، فالركوب القليل يرجع إلى رياضة الدابة، وإصلاحها، والمالك يكون آذنا وراضيا بما يرجع إلى إصلاح الدابة.

وإنما الكثير، وهو الركوب خارج المصر إلى مسيرة يوم، أو يومين غير محتاج

---

(١) في م: إن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يركب لحوائجه.
(٤) في م: وأما إذا لم.
(٥) في م: الغزو وفي فالركوب في حوائجه ركوب.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: المربوط فلا يركب أحيانا يأخذ يداها ورجلاها فلا.

إليه لرياضة الدابة[١] وإصلاحها، فلا يدخل ذلك تحت الإذن؛ ولأن [في][٢] منع المحبوس عليه [عن][٣] الركوب القليل منع الناس عن أخذ [الخيل][٤] الحبيس؛ لأن نفقة الخيل الحبيس تكون على المحبوس عليه، فإذا علم المحبوس عليه أنه يلزمه النفقة، ولا يجوز له الركوب القليل يمتنعون عن أخذ الخيل الحبيس، وإمساكه، فيضيق الأمر على الناس، وإن ركب الخيل لسعيه، أو ليشتري له علفا، [أو ليحمل عليه علفا][٥]، أو لشيء آخر تعود منفعته إلى الخيل فلا بأس به قياسا، واستحسانا، وإن كان يركبه ليرهب به في الغزو في المصر أو خارج المصر، وكان يرى لهم عيونا في الثغر، فركبه لذلك فلا بأس به؛ لأن هذا الركوب من الجهاد، وكذلك السيف يجعل حبيسا في سبيل الله تعالى وأراد أن يتقلده لمنفعة نفسه، فإن [كان][٦] تقلده يفسد السيف أو يضر به أو بحمائله أو لخفته، فلا يلبسه، وإن كان لا يضر به فلا بأس به؛ لأنه قليل المنفعة فلم يكن به بأس كركوب الدابة.

وإن كان يلبسه[٧] ليرهب به العدو، وكان لهم عيون في الثغور[٨] فلبس السلاح الحبيس، وتقلد السيف الحبيس لذلك، جاز؛ لأن إرهاب العدو من الجهاد واستعمال هذه الأشياء جائز، وإن جعل[٩] نبلا، أو قوسا حبيسا في سبيل الله تعالى لم يعجبني أن يرمي صاحبها بالنبل والقوس بين الغرضين، وإن كان يتعلم بذلك

---

(١) في م: الدواب.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: لبسه.
(٨) الثغور جمع ثغر؛ والثغر: موضع المخافة. وقال الأزهري: أصل الثغر: الهدم والكسر، يقال: ثغرت الجدار: إذا هدمته، وقيل للموضع الذي تخاف منه العدو وهو المراد هنا: ثغر؛ لانثلامه، وإمكان دخول العدو منه. ينظر: تهذيب اللغة (٨/ ٨٩).
(٩) في م: جعلا.

الرمي، وهو مما يتقوى به [على][(١)] الغزو؛ لأن هذا مما يفسد القوس، والنبل، والرمي بين الغرضين ليس من الجهاد، وليس له إفساد ما أعد للجهاد في غير أمر الجهاد، بخلاف ما إذا ركب الفرس الحبيس في حوائجه في المصر، فإن ذلك لا بأس به؛ لأن ذلك الركوب لا يفسد الخيل، بل يصلحه[(٢)] حتى لو كان يفسده[(٣)] يمنع عنه كما لو ركبه لتعلم الفروسية، أو ركبه خارج المصر يوما، أو أكثر لحوائجه، فإن كان المحبوس عليه الخيل في سبيل الله تعالى سمع بعلف رخيص يباع في غير موضعه من المصر، فإن كان ذلك الموضع في المصر، أو قريبا منه في قرى[(٤)] فلا بأس بهذا؛ لأن هذا من منافع الدابة، وهذا القدر من الركوب لا يضر بالدابة؛ ألا ترى أنه لو ركب هذا القدر لحاجة نفسه لم يكن به بأس، فكذا إذا ركب لمنفعة الدابة، وإن كان موضعا بعيدا من المصر فسافر عليها، لم يعجبني أن يفعل ذلك؛ لأن المسافرة عليها لا لأجل الغزو، ولم يدخل تحت ولايته، ولو جاز هذا، لجاز أن يأتي به بعض الكور التي بينها وبين مصره عشرة أيام، وهذا أمر قبيح، وإن كان المسلمون لا يقدرون فيه على العلف إلا من مسيرة ثلاثة أيام فلا بأس بأن يركبه إلى [ذلك][(٥)] الموضع؛ ليحمل [عليها][(٦)] علفه[(٧)]؛ لأن هذا موضع الضرورة.

قال: ولا بأس بأن يركبه راجعا مع العلف أيضا؛ لأنه عسى يحتاج إلى الركوب مع العلف؛ لضبط الدابة؛ [ولأجل][(٨)] هذا المعنى جاز له الركوب في الذهاب، ولكن لا ينبغي له أن يحمل من العلف ما لا يطيق إذا ركب عليه مع ذلك؛ لأن ذلك

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: يصحه.
(٣) في م: يفسد.
(٤) في م: قراء.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في م: عليها على العلف.
(٨) سقط في أ.

يكون استهلاكا للدابة؛ ألا ترى أنه لا يحل له مثل ذلك في دابة نفسه، ففي الحبيس أولى.

وإذا أعطى الرجل سيفا حبيسا؛ ليغزو به في سبيل الله، وعلى السيف حلية، فليس له أن يعرض للحلية[١]؛ لأن الحلية تبع للسيف، فيصير حبيسا بمثل حال السيف، ولكن يستعمله في أمر الجهاد في حليته كما أذن له، فإن احتاج السيف إلى المرمة[٢] كان مرمة السيف على المحبوس عليه؛ لما كان هو[٣] المنتفع بالسيف كذا هاهنا، فإن كان الحابس أعطى السيف وكيلا له ليدفعه إلى من يغزو به في سبيل الله تعالى، ثم يرده على الوكيل لم يسع الوكيل أن يعرض للحلية[٤] بصدقة، أو غيرها؛ لأن المفوض إليه الدفع إلى من يغزو في سبيل الله تعالى، فلا يملك غير ما فوض إليه، وإن احتاج إلى مرمته، وإصلاحه، أو[٥] إصلاح جفنه، فرأى الوكيل أن يصلحه من حليته[٦]، فلا بأس بذلك يأخذ من الحلية بقدر ما يحتاج إليه للمرمة، ويدع ما بقي حتى يحتاج إلى مرمة أخرى؛ لأنه لا وجه أن يجعل المرمة على الوكيل؛ لأن الوكيل لا ينتفع به، فيتعين أن يكون المرمة منه؛ ألا ترى أن[٧] الفرس الحبيس إذا كان في يد الوكيل فاحتاج إلى النفقة، تكون[٨] النفقة من منافع الفرس بأن يؤاجر، كذا هاهنا، وإن كان رم[٩] بعض الحلية انتزع كلها رمم[١٠] السيف بما يحتاج إليه، وأمسك الفضل عنده، ولم يتصدق به، حتى إذا احتاج إلى مرمة السيف

(١) في م: الحلية.
(٢) في م: مرمة.
(٣) في م: هذا.
(٤) في م: الحلية.
(٥) في م: و.
(٦) في م: حبيسة.
(٧) زادفي أ: في.
(٨) في أ: يجوز.
(٩) سقط في م.
(١٠) في أ: نزع.

ثانيا رمه؛ لأن صاحب السيف ما جعل الحلية للصدقة إنما جعلها في الغزو، فلا يصرف إلا في أمر الغزو.

ولو أن رجلا جعل فرسا له حبيسا في سبيل الله تعالى، ودفعه إلى وكيل له يدفعه إلى بعض من يخرج في سبيل الله تعالى، فأصابه عيب بحيث لا يقدر أن يغزو[١] عليه، ولكنه لا بأس به للركوب في المصر، أو للعجلة[٢]، فلا بأس بأن يبيعه الوكيل، ويشتري بثمنه فرسا يغزى عليه في سبيل الله تعالى؛ لأنه لو لم يبعه [لهلك الفرس][٣]، ولا يمكن الغزو عليه، [فتنقطع الصدقة][٤] التي حبسه، فكان له استبداله، ليبقي صدقته، وأمرالوكيل في ذلك جائز من غير أمر القاضي؛ لأن صاحب الفرس فوض إليه السعي في إنفاذ صدقته، فإن كان الثمن الذي يبيع الفرس به لا يبلغ ثمن فرس يغزى عليه، فإن كان يطمع أن يصاب به فرس يغزى عليه يعني في باني[٥] الحال، وقف حتى يصاب به فرس آخر؛ لأنه لا يمكنه إدامة هذه الصدقة بشراء فرس آخر، فيوقف[٦]، ولا يعطل أمر هذه الصدقة، وإن كان يعلم أنه لا يصاب به فرس آخر رد الفرس على صاحبه الذي حبسه، ولا يتصدق به [على المساكين][٧]؛ لأنه جعله حبيسا، ليغزى عليه لا ليملك[٨] بالصدقة، فإذا صار بحال لا يغزى عليه، عاد إلى ملك الذي حبسه، وهذا على قياس قول محمد - رحمه الله -، وأنه يقول في الرجل جعل أرضه مسجدًا، وصلى فيه الناس ثم خرب ما حوله، واتخذت مزرعة، وخرب المسجد، فإن كان يطمع أن يعود إليه أهله، ويصلى فيه لا يعود إلى ملك

---

(١) في م: الغزاء.
(٢) في م: للعجل.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: تنقطع صدقة.
(٥) في م: باقي.
(٦) في م: فسوف.
(٧) سقط في أ.
(٨) في م: لتمليك.

صاحبه، وإن كان لا يطمع أن يعود إليه عاد إلى ملك صاحبه، فيأخذه[1] صاحبه، ويبيعه، أو يجعله مزرعة، وإن كان ميتا، فلورثته ذلك، ولا يتصدق به؛ لما أنه جعله للصلاة لا للصدقة، فإذا صار بحال لا يصلى فيه يعود إلى ملك المالك، ولا يتصدق به. فكذلك أمر الفرس.

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يرد الفرس على المالك، كما لا يعود المسجد ملكا إذا كان لا يصلى فيه.

* * *

(١) في م: فأخذه.

الفصل الرابع[(١)]
في الوقف المضاف

سئل الخصاف - رحمه الله - عمن قال: جعلت ضيعتي، -وحددها[(٢)] - صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا بعد سنة من هذا الوقت على المساكين، هل تكون هذه الضيعة بعد مضي سنة وقفا؟ قال: لا أحفظ عن أصحابنا في هذا شيئًا، قال: وعندي أنه لا تكون هذه الضيعة وقفا.

وإذا أوصى رجل بغلة بستانه لرجل عشر سنين، ومات، فجعل ورثته هذا البستان وقفا [صحيحا][(٣)] بعد مضي هذه العشرة سنين، [فهو جائز، وهو وقف، وكذلك إنقال: الموصي قد جعلت هذا البستان وقفا بعد هذه السنين][(٤)]، وهو يخرج من ثلثه[(٥)]، فهو جائز، ولو أن رجلا أجر ضيعة له سنتين، ثم إنه جعلها بعد ذلك صدقة موقوفة لله تعالى [أبدا][(٦)] على سبيل سماها، ثم بعد ذلك على المساكين، قال: ليس لصاحب الأرض أن يبطل ما عقد عليه من الإجارة، وكانت الضيعة وقفا على ما جعلها عليه من الوقف[(٧)] الذي وقفها، [ولو أن رجلا رهن الإجارة، وكانت الضيعة وقفا على ما جعلها عليه من الوقف الذي وقفها][(٨)]، ولو أن رجلا رهن ضيعة له من رجل، ثم إنه وقفها وقفا صحيحا، فإن افتكها الراهن، فالوقف جائز، وإن لم يفتكها حتى مضت سنة، أو سنتان لا يبطل الوقف حتى لو افتكها بعد ذلك كان وقفا، فإن مات صاحب الضيعة في فصل الإجارة، والرهن قبل الافتكاك، ففي فصل الرهن إن

---

(١) في م: نوع آخر.
(٢) في م: ودها.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: ثلاثة.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: الوقت.
(٨) سقط في م.

كان له مال غير الضيعة أدى الدين من ماله، وكانت الضيعة وقفا، وإن لم يكن له مال غير هذه الضيعة بيعت الضيعة في الدين، ويبطل الوقف.

وأما في فصل الإجارة فالإجارة تنقضي بموت الآجر، أو المستأجر، [و][(١)] كانت الضيعة وقفا، وإذا اشترى ضيعة على أن البائع فيها بالخيار فوقفها، ثم أجاز البائع البيع، [لم يجز الوقف][(٢)].

* * *

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.

نوع آخر في الوقف على نفسه:

ومما يتصل به:

إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي، قال هلال: لا يجوز الوقف، وعلى قياس قول أبي يوسف [- رحمه الله - يجوز؛ لأن الواقف لو شرط لنفسه أن يأكل من غلته على قول أبي يوسف][١] - رحمه الله - يجوز، على ما يأتي بيانه [بعد هذا][٢] - إن شاء الله تعالى-.

وليس عن محمد - رحمه الله - رواية ظاهرة في هذه الصورة.

واختلف المشايخ على قوله[٣]، بعضهم قالوا: لا يجوز [عنده؛ لأن][٤] الإخراج عن يده، والتسليم إلى المتولي شرط، وإذا كان الوقف على نفسه كان المتولي قابضا للوقف، فكأنه لم يخرجه[٥] من يده.

وبعضهم قالوا: على قول محمد - رحمه الله - يجوز، فقد ذكر محمد في آخر كتاب الوقف: أنه إذا وقف على أمهات أولاده كالوقف على نفسه.

وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - يجيز أن يشترط الواقف لنفسه الأكل فيقول: على أني آكل منه، ولا يجيز الوقف على نفسه، فكان يقول: الوقف على نفسه خرج مخرج الفساد فيبطل، وشرط الأكل لنفسه خرج مخرج الوقف على وجه الصحة.

فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أن قوله أرضي صدقة موقوفة، وقف صحيح تام على الفقراء، ففوات معنى الصدقة في الاستثناء لا يبطل أصل الوقف، كما لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: قول.
(٤) في م: عند.
(٥) في م: يخرج.

وجه قول هلال: أن الإنسان لا يكون متصدقا على نفسه كما لا يكون واهبا لنفسه؛ لأن كل واحد منهما تمليك، والتمليك من نفسه لا يتصور فذهب معنى القربة، وبقي معنى الحبس مطلقا، وماله يكون محبوسا عليه قبل الوقف، ولا معنى للاستعمال [بالحبس][(١)] على نفسه بخلاف الغني؛ لأن التمليك منه متصور، وفيه نوع قربة، ولكن دون قربة الفقير.

وأما هاهنا فأصل التمليك لا يتصور، [فكان ينبغي على قول][(٢)] هلال أن يلغو ذكر نفسه، ويجعل وقفا على الفقراء كما لو قال: أرضي هذه صدقة على الموتى، فإنه يكون وقفا صحيحا على الفقراء، ويلغو ذكر الموتى.

والفرق بينهما على قول هلال: أن الميت في نفسه ليس من أهل التمليك، فلغت[(٣)] الإضافة إليه، أما نفسه من أهل التمليك في الجملة، ولكن تمليكه من نفسه لا يتصور، فمن حيث إنه من أهل التمليك في الجملة اعتبرت الإضافة، ومن حيث إنه تمليك من نفسه لا يتصور ولا[(٤)] يعتبر الإضافة، فسد الوقف.

وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أمهات أولادي، أو قال: عبيدي، فالوقف باطل، هكذا ذكر هلال، [وهذا إنما يأتي على قول هلال أن][(٥)] الوقف على أمهات الأولاد، والعبيد كالوقف على نفسه، ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة علي، [ثم بعدي على فلان، فكان باطلاً، وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على فلان، ثم من بعده علي، كان باطلا على قول هلال، بخلاف ما إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على][(٦)]، وعلى فلان، حيث يصح نصفه، وهو حصة فلان؛ لأن في

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وإن كان ينبغي على.
(٣) في م: فتلفت.
(٤) في م: لأن.
(٥) بدل ما بين المعقوفين في م: لأن.
(٦) سقط في م.

الفصل الأول أثبت الغلة كلها لفلان في زمان، ولنفسه في زمان، فشرط الكل لنفسه في زمان يبطل.

وفي هذه المسألة: ما إذا ثبت الغلة كلها لنفسه في زمان، بل أثبت الحصة بين نفسه، وبين فلان في الغلة في جميع الأزمان، ولو أفرد الوقف على نفسه لا يصح، ولو أفرد على غيره يصح، فإذا جمع بينهما كان لكل واحد منهما حكم نفسه، وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على نفسي وولدي، ونسلي كان الوقف كله باطلاً؛ لأن حصة النسل مجهولة، وهذا على قول هلال أيضًا. والله تعالى أعلم.

* * *

الفصل الخامس[(١)]

في الوقف على أولاده، وأولاد أولاده

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: إذا قال: أرضي [هذه][(٢)] صدقة موقوفة بعد وفاتي[(٣)] على ولدي، وولد ولدي، ونسلي، ثم مات، فإن الوقف على ولده لصلبه لا يجوز؛ لأن هذا وصية للوارث (وهي)[(٤)] لا تجوز، وعلى ولد ولده يجوز؛ لأنهم لا يرثونه، ولكن [الكل][(٥)] لا يكون لهم ما دام[(٦)] ولد الصلب حيا؛ لأنه لم يجعل الكل لهم، فيقسم الغلة في كل سنة على عدد رؤوس ولد الصلب، وعلى عدد رؤوس ولد الولد، [فما أصاب ولد الولد][(٧)] فهو لهم وقف، وما أصاب ولد الصلب فهو ميراث بين جميع الورثة حتى شاركهم الزوج والزوجة؛ لأن الميراث لا يختص به بعض الورثة دون البعض، وإن مات بعض ولد الصلب، والغلة تقسم على عدد رؤوس ولد الولد، وعلى الباقي من ولد الصلب، فما أصاب الباقي من ولد الصلب يكون ين جميع، ورثة الميت الأحياء، والأموات منهم كل من كان حيا منهم عند موت الواقف؛ لما ذكرنا أن ولد الصلب إنما يستحق ذلك بطريق الإرث، ولا ينفرد هو به بل يكون لمن كان وارثا عند موت الواقف، ثم من مات منهم تكون حصته لورثته، فن كان ولد ولد الصلب يستحق من وجهين، [أما نصيبه][(٨)] بالقسمة يستحق بالوقف.

[وأما نصيب أبيه][(٩)] يستحق بالإرث من جهة أبيه، وكان السيد الإمام أبو شجاع

(١) في م: الرابع.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: موتى.
(٤) في م: والوصية للوارث.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: داموا.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: ما يصيبه.
(٩) في م: وما يصيب أباه.

- رحمه الله - يقول: ينبغي لمن أراد أن يوقف على أولاده أن يكتب في الصك: وقف فلان على أولاده فلان، وفلان كذا في حياته وصحته ولا يكتب في حياته وبعد وفاته، وهذا الجواب صحيح فيما إذا كان للواقف وارث آخر غير الموقوف عليهم؛ غير صحيح فيما إذا لم يكن له وارث غير الموقوف عليهم؛ لأن الوصية للوارث إنما لا تجوز لحق باقي الورثة؛ ألا ترى أن باقي الورثة لو أجازوا الوصية كانت الوصية صحيحة.

وذكر في [الأجناس للناطفي](١): إذا وقف وقفا وشرط لنفسه أن يأكل [هو](٢) ويؤكل من أحب ما دام حيا ثم من بعده على ولده، وولد ولده، ونسله أبدا ما تناسلوا، فإن انقرضوا فهو على المسلمين(٣) فهذا جائز عند أبي يوسف - رحمه الله -، ولم يكن ذلك وصية للولد؛ [لأن](٤) الولد يأكل من مال الله تعالى؛ ألا ترى أنه لو وقف على أولاده، وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء كان جائزا، كذا هاهنا.

❋ ❋ ❋

(١) في م: أجناس الناطفي.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: المساكين.
(٤) في أ: أن ولد.

نوع آخر من هذا الفصل:

إذا وقف أرضه على ولده، ومن بعده على المساكين وقفا صحيحًا، فإنما يدخل تحت الوقف الولد الموجود[١] يوم وجود الغلة سواء كان موجودًا يوم الوقف، أو وجد بعد ذلك، وهذا قول هلال وبه أخذ مشايخ بلخ - رحمهم الله-.

وقال يوسف بن خالد السمتي: يدخل تحت الوقف الولد المولود يوم الوقف،وأراد بهذا وقت وجود الخلق على ما يأتي، بيانه، بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال: لأن الحق إنما يجب في الوقف [يوم الوقف][٢] بدلالة أن الواقف لا يقدر على الرجوع عنه على قول مجيزي الوقف، ولا يملك إدخال غيرهم عليهم، ويعتبر شروطه يوم الوقف، [فصار يوم الوقف كيوم موت الموصي في الوصية، فكذا هاهنا، وجه قول هلال: أن الموقوف عليه لا يملك الرقبة، بل يملك الغلة، والغلة معدومة يوم الوقف][٣]، والمعدوم[٤] لا يملك، وإنما يملك الموجود، فصار [في حق الموقوف عليه يوم وجود الغلة كيوم موت الموصي في حق الموصي له و] في حق الواقف رقبة الوقف تزول عن ملكه يوم الوقف، فروعي شروطه يوم يزول ملكه.

ولو قال: على ولدي، وعلى من يحدث لي من الولد، فإذا انقرضوا فعلى المساكين، فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول: وهو أن ينظر إلى ولده يوم وجود الغلة؛ لأن قوله: على من يحدث لي من الولد، شرط لو لم يذكر لكان

---

(١) في م: المولود.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) العين المعدومة: هي ما كانت معدومة حين العقد وبعده.
ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٩)، المجموع، للنووي (٩/ ٢٨٠)، والمغني، لابن قدامة (٣/ ٦٣)، تهذيب الفروق (٣/ ٢٦٥)، المحلى (٩/ ٣٩٤).

الحكم هكذا أنه لو حدث له ولد بعد الوقف قبل الغلة شاركهم، فإذا شرط كان الشرط تأكيدا لمقتضاه لا تغييرا[١].

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد، وليس له ولد فإنه يجوز، فإذا أدركت الغلة قسمت على الفقراء، فإذا حدث له ولد بعد ذلك، فلا حظ له من هذه الغلة؛ لأن أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد، ولكن الغلة التي توجد بعد ذلك تصرف إلى هذا الولد ما بقي، فإذا لم يبق له ولد صرفت الغلة إلى الفقراء؛ لأن قوله: صدقة موقوفة، يكون وقفا على الفقراء. وذكر الولد لاستثناء الغلة من الفقراء، فصار كأنه قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء إلا أنه إن حدث لي ولد فغلتها له ما بقي.

❊ ❊ ❊

(١) في م: يعتبر.

نوع آخر:

إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي، يصرف إلى البطن الأول يريد ولد صلبه، ولا يشارك البطن الثاني البطن الأول، يريد بالبطن الثاني، ولد الابن، فما دام أحد من البطن الأول باقيا فالغلة له، وإن لم يبق واحد من ذلك فالغلة تصرف إلى الفقراء، ولا يصرف إلى البطن الثاني، وإن لم يوجد البطن الأول، ووجد البطن الثاني، وهو ولد الابن فالغلة للبطن الثاني ولا يشاركه من دونه من البطون، وجعل الحال في حق ما بين البطن الثاني، ومن ولد(١) من البطون كالحال في حق ما بين الأول والثاني، ولو عدم البطن الأول والثاني، ووجد البطن الثالث والرابع، ومن دونهم، اشترك الثالث ومن دونه من البطون، وإن كثرت؛ لأن البطن الثالث قد فحش بعده كالبطن الرابع والخامس؛ ألا ترى أنك إذا نسبته إلى الأب الأعلى بذكر الوسائط فتقول: ولد ولد ولد فلان، فتذكر ثلاثة آباء، والثلاثة جمع صحيح فيثبت أن نسبته بعيدة، والبعد إذا فحش يتعلق الحكم بنفس الانتساب كما لو أوصى لبني تميم، أو لبني هاشم، أو لأولاد أبي بكر(٢)، يصرف إلى جنسهم، ويستوي [فيه](٣) من بعدت ولادته، ومن قربت، كذا هنا.

وأما في البطن الثاني فالبعد غير متفاحش؛ ألا ترى أنك إذا نسبته إلى الأب يذكر بواسطتين فتقول: هذا ولد ولد فلان، ولا يتعلق الحكم بنفس الانتساب، وكل جواب عرفته في الوقف على ولده فهو الجواب في الوقف على ولد فلان.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي [وولد ولدي](٤) اختص به البطن الأول، والثاني، [ألا ترى](٥) أنه لو ذكر البطن الأول، ولم يذكر غيره اختص به

---

(١) في م: دونه.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: رضي الله عنه.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: إلا.

البطن الأول، فإذا ذكرهما اختصا به، ولو قال: على ولدي، وولد ولدي، فالقياس أن يختص به البطون كلها، وإن سفلوا؛ لما ذكرنا: أن البعد إذا فحش يعتبر مجرد النسبة، ويسقط اعتبار الأقرب.

إذا وقف أرضه على ولده وليس له ولد لصلبه، وله ولد الابن صرفت الغلة إلى ولد الابن، وإن حدث له ولد لصلبه بعد ذلك صرفت الغلة المستقبلة إلى الولد لصلبه؛ لأن كل غلة تذكر إنما ينظر إلى مستحقها وقت الإدراك، ولا ينظر إلى ما مضى؛ [لما مر](١)، فإذا [كان](٢) في وقت الإدراك من سماه الواقف صرفت الغلة إليه سواء كان موجودا يوم الوقف، أو حدث بعده.

ألا ترى أن من جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده، وليس له ولد صرفت الغلة إلى الفقراء، فإن حدث له بعد ذلك ولد صرفت [له](٣) الغلة المستقبلة إليه، كذا هاهنا.

إذا قال في صحته: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على ولدي، وولد ولدي وأولاد أولادهم، ونسلهم أبدا ما تناسلوا، فإنه يدخل في عدد هذه الصدقة كل ولد كان له يوم وقف هذا الوقف وكل ولد يحدث له بعد هذا الوقف قبل حدوث الغلة، وولد الولد أبدا، ومن مات منهم قبل حدوث الغلة سقطت حصته، ومن مات بعد ذلك استحق سهمه، ويكون ذلك لورثته، والبطن الأعلى، والبطن الأسفل في ذلك على السواء، إلا إذا قال في وقفه على أن يبدأ في ذلك [بالبطن الأعلى منهم ثم البطن الذي يليه، فإن قال: على هذا الوجه، فإن مات](٤) البطن الأعلى إلا واحدا(٥)، كانت الغلة كلها لهذا [الباقي وحده، ثم البطن الذي يليه](٦)،

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: واحدة.
(٦) في م: الثاني دون البطن الذي ثلثه.

ولو قال: على أن يبدأ بالبطن الأعلى، ثم الذين يلونهم على أن يكون ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، [فجاءت الغلة][١]، والبطن الأعلى ذكورا، ولا أنثى معهم، أو إناثا لا ذكور معهن فذلك كله بينهم على السواء، وهذا بخلاف الوصية فإن من أوصى بثلث ماله لولد زيد منهم للذكر مثل حظ الانثيين، وكان لزيد ثلاث بنين، فالثلث يقسم عليهم، وعلى بنت لو كانت[٢] معهم، فما أصاب البنت من الثلث يرد على ورثة الموصي؛ لأن ما يبطل من الوصية يرد إلى التركة، ويكون ميراثا، والوقف لا يكون كذلك، ولو قال: على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا، ولم يقل [بطنا][٣] بعد بطن،لكن قال: كلما مات أحد كان نصيبه من هذه الغلة لولده، فالحكم قبل موت بعضهم ما ذكرنا من[٤] الغلة، ويكون[٥] لجميع ولده وولد ولده ونسله بينهم على السواء، وإن مات بعض ولد الواقف لصلبه، وترك ولدا، فإن الغلة تقسم على عدد القوم على الولد وولد الولد وإن سفلوا، وعلى الذي مات من ولد الصلب، فما أصاب الميت من الغلة، فإن ذلك لولده، ويصير لولد هذا الميت سهمه الذي جعله له الواقف، وسهم والده[٦].

وهذا بخلاف الوصية، فإن من قال: أوصيت لفلان بألف درهم، و[٧] أوصيت بثلثي لقرابتي، وكان الموصي له بألف من قرابته، فإنه ينظر إلى ما يصيبه من الثلث إذا كان من القرابة، وما يصيبه من الألف من جملة الثلث ليعطى الأكثر من ذلك، ويعطى من وجه واحد، ولا يجمع ذلك [كله][٨] له، وإن قال: على ولدي وولد

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: كان.
(٣) سقط في م.
(٤) زاد في م: أن.
(٥) في م: تكون.
(٦) في م: ولده.
(٧) في م: أو.
(٨) سقط في م.

ولدي، ونسلهم، وأولادهم أبدا ما تناسلوا على أن يبدؤوا[١] في ذلك بالبطن الأعلى منهم، ثم بالبطن الذي يليه[٢] إلى آخرهم بطنا بعد بطن، وكلما حدث الموت على واحد منهم، وترك ولدا كان نصيبه[٣] من الغلة لولده، وولد ولده، ولنسله أبدا ما تناسلوا على أن يقدم البطن الأعلى، وكلما حدث الموت على واحد منهم، ولم يترك ولدا، ولا ولد ولد ولا نسلا، ولا عقبا، كان نصيبه من هذه الصدقة مردودا إلى أهل هذه الصدقة، فقسمت الصدقة سنين على البطن الأعلى، فمات بعد ذلك [ولد][٤] وترك ولدًا، وولد ولد، فإن الغلة تقسم على أولاد الواقف من كان موجودا وقت الوقف، ومن حدث بعد ذلك، فما أصاب الأحياء من ذلك أخذوه، وما أصاب الموتى كان لولد من مات منهم على ما شرط الواقف من تقديم البطن الأعلى اعتبارا لشرط الواقف، وإن[٥] لم يترك الميت من البطن الأعلى ولدا[٦] لصلبه، وإنما ترك ولد ولد، فإن نصيب الميت من الغلة لولد ولده، وهو من البطن الثالث، وكذلك إن كان أسفل من الثالث؛ لأن الواقف كذا شرط، وإن [كان][٧] عدد البطن الأعلى عشرة أنفس، فمات منهم اثنان ولم يتركا[٨] ولدا، ثم مات آخران بعد ذلك، [وترك كل][٩] واحد منهما، ولدا أو ولد ولد، ثم مات بعد هذين اثنان[١٠] آخران، ولم يتركا ولدا، ولا ولد ولد، فتنازعت الأربعة الباقون من البطن الأعلى، وولد

---

(١) في م: يبدأ.
(٢) في م: يلونهم.
(٣) في م: ما يصيبه.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: ولو.
(٦) في م: وكذا.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: يترك.
(٩) في م: لكل.
(١٠) في م: ابنان.

الاثنين[١] الميتين، قسمت الغلة يوم يأتي هؤلاء الأربعة، وعلى الميتين اللذين تركا أولادًا على ستة أسهم، فما أصاب الأربعة كان ذلك لهم، وما أصاب الميتين اللذين تركا أولادا كان ذلك لأولادهما، وسقطت سهام الأربعة الموتى الذين لم يتركوا أولادًا. والله أعلم[٢].

وإذا وقف على أولاده يدخل في الوقف بنو البنين، وهل يدخل فيهم بنو البنات؟ ففيه روايتان، وكذلك إذا وقف على ذريته يدخل فيهم بنو البنين، وهل يدخل فيه بنو البنات؟ ففيه روايتان.

وأصل هذا ما ذكر محمد في السير الكبير في باب من أبواب الأمان: إذا قال أهل الحرب للمسلمين أمنونا على ذرارينا فأمنوهم [على ذلك، فهم آمنون][٣]، وذراريهم أولادهم، وأولاد أولادهم من الرجال كأولاد البنين، وإن سفلوا دون أولاد البنات، وكذلك إذا قال: أمنونا على أولادنا[٤]، فهم آمنون على أنفسهم، وعلى أولادهم لأصلابهم، وعلى أولاد أولادهم من قبل [الرجال][٥] بني البنين دون بني البنات، وكذلك إذا قالوا[٦]: أمنونا على بنينا، فهم آمنون على بنيهم لأصلابهم، وبني بنيهم دون بني بناتهم.

وذكر في باب من أبواب الأمان: أن بني البنات يدخلون في الأمان فيصير في المسألة روايتان، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يميل إلى أن البنت لا تدخل تحت الأمان.

وذكر في الكبير أيضا إذا قال واحد من أهل الحصن: أمنوني على بناتي، وله

(١) في م: الابنين.
(٢) زاد في م: نوع آخر.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: أولادهم.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: قال.

بنات ابن، وبنات بنت دخل في الأمان بنات الابن، ولا يدخل فيه بنات البنت.

قيل: هذا على الرواية التي قال: إن ابن[١] البنت [لا يدخل تحت الأمان، وقوله: أمنوني على بني، أما على الرواية التي قال ثمة: إن ابن البنت][٢] يدخل، فبنت البنت تدخل أيضا هاهنا.

وقيل: بنت البنت لا تدخل تحت الأمان رواية واحدة، بخلاف ابن البنت على إحدى الروايتين.

والفرق أن قضية القياس أن ابن البنت، وبنت البنت لا يدخلان تحت الأمان؛ لأنهما ابن ابن المستأمن[٣]، وبنت بنت[٤] المستأمن لا ابن المستأمن وابنته، لكن تركنا القياس في ابن البنت باستعمال الشرع، وهو قوله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ ۚ كُلًّا هَدَيْنَا ۚ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن قَبْلُ ۖ وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ إلى قوله: ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ﴾.

جعل عيسى من ذرية إبراهيم، وعيسى لإبراهيم كان ولد البنت، «وقد صح أن رسول الله ﷺ سمى الحسن، والحسين ابنيه»[٥] ومثل هذا الاستعمال لم يوجد في بنت البنت، [فترد ابنة البنت][٦] إلى ما يقتضيه القياس، والجواب في الوقف يجب أن يكون كذلك.

قال محمد - رحمه الله - في السير عقب هذه المسألة: إلا إذا سمى شيئا يعرف

---

(١) في م: أبناء.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: بنت البنات.

(٤) في م: ابن.

(٥) أخرجه البخاري (٥/٣٠٦، ٣٠٧) كتاب الصلح، باب: في قول النبي ﷺ للحسن بن علي (٢٧٠٤).

أما الحسين فعن أم سلمة قالت: إن الحسن أو الحسين بال على بطن النبي ﷺ؛ فقال النبي ﷺ: «لا ترزموا ابني ولا تستعجلوه، فتركه حتى قضى بوله، فدعا بماء فصبه عليه». وقال الهيثمي في المجمع (١/٢٨٩): رواه الطبراني في الأوسط، وإسناده حسن.

(٦) سقط في م.

أنه أراد به بنات البنات، بأن قال المستأمن في بنات بنات وقد مات أمهاتهن: فأمنوني في بناتي، أو قال: على بناتي، فحينئذ دخل فيه بنات البنات؛ لأن دلالة الحال دلت على إرادة بنات البنات، ولدلالة الحال من السلطان ما للصريح، فصار كأنه قال: أمنوني على [بنات][(١)] بناتي، فهناك يدخل في الأمان بنات البنات كذا هاهنا، ويجب أن يكون الجواب في الوقف هكذا.

وذكر في السير أيضا إذا قال: أمنوني على أولاد أولادي، دخل في الأمان بنو البنات.

قال القاضي ركن الإسلام علي السغدي - رحمه الله -، والشيخ الإمام شيخ الإسلام - رحمه الله -: هذه المسألة على الروايتين أيضا.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن في هذه الصورة أولاد البنات يدخلون رواية واحدة، وإنما[(٢)] الروايتان فيما إذا قال: أمنوني على أولادي، وهذا؛ لأن المذكور هاهنا ولد الولد، وولد الولد حقيقة اسم لمن [ولدته وابنته ولده][(٣)]، فمن ولدته ابنته[(٤)] يكون ولد ولده حقيقة، فأما إذا ذكر أولاده فأولاده حقيقة من ولده هو من حيث الحكم فيكون منسوبا إليه بالولادة، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات فالجواب في الوقف على قول شمس الأئمة - رحمه الله - يكون هكذا إذا وقف على أولاد أولاد فلان دخل تحت الوقف أولاد البنات رواية واحدة.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) في م: وأما.
(٣) في أ: ولدنه وهو ولده وابن ولده.
(٤) في م: وابنه.

نوع آخر:

ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي الذين يسكنون البصرة، فالغلة لساكني البصرة من ولده دون غيرهم؛ لأنه أثبت الاستحقاق لولده بصفة أن يكون ساكن البصرة يوم وجود الغلة، فتعلق الاستحقاق بالولادة وسكنى البصرة جميعا، ويعتبر ساكني البصرة يوم وجود الغلة على ما مر [في ذلك](١)، ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي العوراء والعميان، فالوقف لهم خاصة دون غيرهم؛ لأنه علق الاستحقاق بصفة العور وصفة العمى، فيتعلق بهما، ويعتبر العوراء والعميان من ولده يوم الوقف لا يوم الغلة، وكذلك إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على أصاغر ولدي يعني ولدي الصغار، فالوقف للصغار دون الكبار، ويعتبر [في](٢) الاستحقاق من كان صغيرا وقت الوقف لا وقت الغلة.

أما العوراء والعميان، فإن العور، و(٣) العمى وصف لازم لا يزول.

وقد ذكره بزيادة التعريف فجرى مجرى اسم العلم، ولو قال(٤) باسم العلم بأن قال: أرضي صدقة موقوفة على فلان ولدي(٥)، اختص فلان بالاستحقاق من جملة أولاده، ولو ولد له بعد ذلك ولد آخر، وسماه بذلك الاسم، لم يشارك الثاني الأول في الاستحقاق، فكذلك في العور(٦).

وأما الصغر(٧) وإن كان(٨) مما يزول بالكبر، ولكنه يزول زوالا لا يعود، بخلاف

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أو.
(٤) في م: ذكر.
(٥) في م: والذي.
(٦) في أ: العوراء.
(٧) في م: الصفير.
(٨) في م: ما.

الفقراء أو[١] ساكني البصرة؛ لأن الفقر يزول عن الإنسان، ويعود فتارة يفتقر، وتارة يستغني فلم يكن الثبوت تاما، و[لا][٢] الزوال، وكذلك السكنى، وصار الحاصل: أن الاستحقاق إذا كان ثابتا بصفة لا يزول أو يزول، ولكنها لا تعود بعد الزوال يعتبر في الاستحقاق قيام تلك الصفة [وقت الوقف، وإن كانت تزول، وتعود، فوقت][٣] مجيء الغلة، فعلى هذا الأصل يدور جنس هذه المسائل[٤].

وفي وقف الخصاف: لو أن رجلا جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده، ونسله، وعقبه أبدا ما تناسلوا، ومن بعدهم على الفقراء والمساكين، وشرط في الوقف أن كل من انتقل من مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى مذهب الشافعي - رحمه الله -، خرج من الوقف، فهو على ما شرط لو خرج واحد منهم إلى مذهب الشافعي خرج من الوقف، فإن ادعى بعضهم على بعض أنه انتقل من مذهب أبي حنيفة إلى مذهب الشافعي وأنكر [ذلك][٥] المدعى عليه، فالقول في ذلك [قوله، وعلى][٦] المدعي البينة على ذلك.

* * *

(١) في م: و.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في أ: المسألة.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: قول.

نوع آخر من هذا الفصل:

إذا قال: أرضي هذه صدقة [موقوفة][(١)] على بني، وله ابنان فصاعدا، استحقا جميع الغلة، وإن حصل الإيجاب بلفظ الجمع؛ لأن في المثنى[(٢)] معنى الجمع من وجه بضم الواحد إلى الواحد؛ ألا ترى أن في باب الوصية أعطى للمثنى حكم الجمع، فكذا في الوقف؛ لأن الوقف نظير الوصية، ولو لم يكن له إلا ابن واحد؛ كان للابن نصف الغلة، والنصف الآخر للفقراء؛ ألا ترى أن من أوصى بثلث ماله لبني فلان، وليس لفلان إلا ابن واحد، كان للابن نصف الثلث، والنصف[(٣)] الآخر يكون لورثة الموصي، وليس [اسم][(٤)] الابن كاسم الولد،وأنه إذا وقف على ولده وله ولد واحد، كان جميع الغلة له، ولو كان له أولاد قسمت الغلة بينهم؛ لأن الولد بصيغته[(٥)] اسم واحد، وبمعناه اسم جنس؛ لأن معنى الولادة تعم الجنس واحدا كان، أو جماعة [فيصح صرفه][(٦)] إلى الواحد بصيغته، وإلى الجمع بمعناه، بخلاف قوله: بني؛ لأنه اسم جنس[(٧)] بصيغته، وبمعناه، حتى لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على بني[(٨)]، وله ابن واحد كان جميع الغلة له؛ لأن الابن اسم واحد بصيغته، فإنما أوجب الغلة للواحد، ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على بني، وله بنون، وبنات.

قال هلال: [هم][(٩)] جميعا في الوقف سواء؛ لأن البنين، والبنات عند الاجتماع

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: المعنى.
(٣) في أ: والثلث.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بصيغة.
(٦) في م: فصرفه.
(٧) في م: جمع.
(٨) في أ: ابني.
(٩) سقط في م.

يسمون بنين، هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه، ورواه عن أبي حنيفة، وعن يوسف بن خالد السمتي(١) فيمن أوصى بثلث [ماله](٢) لبني فلان، وله بنون(٣) وبنات، فالثلث لهم جميعا، وهم فيه سواء، وكذا الوقف.

قال هلال: وروى يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - [أن ذلك للبنين دون البنات، علل فقال: ألا ترى أنه لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان.

بعض مشايخنا قالوا: إن في هذه المسألة روايتين عن أبي حنيفة - رضي الله عنه-](٤)، وبعضهم، وفق بين الروايتين، فقال: ما روي أن فيه البنين، والبنات محمول على ما إذا كان [بنو فلان](٥) قبيلة، أو بني تميم.

وما روي فيه [عدم دخول](٦) البنات، محمول على ما إذا كانوا قوم(٧) يحصون، وقد أشار في التعليل إلى ما قلنا، حيث قال: لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان، وهذا إنما يستقيم إذا كانوا بني أب [يحصون، أما إذا كانوا بني أب](٨) لا يحصون صح ذلك، فإنه يستقيم أن يقال: هذه المرأة من بني تميم، وبنحوه روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في الوصية، [فإنه](٩) قال: الثلث للبنين [دون البنات](١٠) إلا في كل أب يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان مثل فخذ، أو قبيلة [كذا](١١)، ولو قال: على بني، وليس له بنون، وله بنات، فالغلة للفقراء،

---

(١) في م: الشمني.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: بنين.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: فلان أو.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: بني أب.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.
(١٠) سقط في م.
(١١) سقط في م.

[ولا شيء للبنين؛ لأن اسم البنين لا يتناول البنات المفردات، وكذلك إذا قال: على بناتي، وله بنون، فالغلة للفقراء][1]، ولا شيء للبنين، ولو كان الوقف باسم الولد، دخل فيه البنون، والبنات؛ لأن الولد اسم مشتق من الولادة، وهذا المعنى يوجد في[2] الفريقين. [والله أعلم][3].

* * *

(١) سقط في م.
(٢) في أ: من.
(٣) سقط في م.

الفصل السادس[١]

في الرجل يوقف[٢] على قرابته فيجيء مدع يدعي أنه من قرابته

إذا وقف أرضه على قرابته، قسمت الغلة على قرابته على عدد رؤوسهم، الصغير والكبير، الغني والفقير فيه سواء؛ لأن اسم القرابة يتناولهم على السواء، والاستحقاق بهذا الاسم، فإن جاء رجل يدعي أنه من قرابة الواقف، فإن كان الواقف حيا، فهو خصمه يثبت عليه قرابته منه؛ لأن الوقف في يده، والمدعي يدعي عليه لنفسه حقا فيما في يده، وهو يمنعه عنه فينتصب خصما [له][٣]، وإن كان الواقف ميتا، فخصمه الوصي[٤] الذي الوقف في يده وجعله قيما عليه، لما ذكرنا، ولأن القيم [قائم][٥] مقام الميت، [بإقامة الميت إياه][٦] مقام نفسه، فينتصب خصما للمدعي كالميت، وإن كان له وصيان أو أكثر، فادعى المدعي على أحدهما، جاز، ولا يشترط اجتماعهم، ولا يكون وارث الميت خصما للمدعي في ذلك إلا أن يكون متوليا، وكذلك أرباب الوقف[٧] لا [يكونوا خصماء][٨] للمدعي؛ أما أرباب الوقف؛ لأنه لا ملك لهم، إنما لهم مجرد الحق؛ ألا ترى أن المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعي عين الرهن، وإنما لا[٩] ينتصب؛ لأنه لا ملك له في عين الرهن.

وأما الوارث فإنه لا ملك [له][١٠] في عين الوقف، والوقف ليس في يده، فإن حضر القيم، وجاء بشاهدين شهدا على أنه قريب هذا [الواقف، والوقف ليس في

(١) في م: الخامس.
(٢) في م: يقف.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: وصيه.
(٥) سقط في م.
(٦) في أ: فأقامه الميت.
(٧) في م: الخصم.
(٨) في م: يكون خصما.
(٩) في أ: فإنما.
(١٠) سقط في م.

يده، فإن حضر القيم، وجاء بشاهدين شهدا على أنه قريب هذا][١] الواقف، فالقاضي لا يقبل شهادتهما حتى يشهدا بنسب معلوم، كأن يشهدا أنه ابنه، أو أخوه، أو عمه، أو ابن عمه، وما أشبه ذلك، وينبغي مع ذلك أن يبينوا أنه أخوه لأبيه وأمه، أو لأبيه، أو لأمه.

والجواب في هذا نظير الجواب في فصل الميراث، إذا[٢] شهد الشهود بوراثة رجل، وكذلك على هذا إذا وقف على نسله، فجاء رجل يدعي أنه من نسل الواقف، وأقام على ذلك بينة، لا تقبل شهادتهم ما لم يبينوا أنه ولده لصلبه، أو ولد ابنه، أو ولد ابنته، فإن فسروا القرابة، وقالوا: لا نعلم[٣] له قريبا آخر سواه، فالقاضي يعطيه الغلة، وإن لم يقولوا ذلك، فالقاضي يتأنى، ويتلوم زمانا، فإن طال ذلك ولم يظهر له قريب آخر، قال: أستحسن[٤] أن يعطيه[٥] الغلة، ويأخذ[٦] منه كفيلا، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد - رحمهما الله-.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا يأخذ منه كفيلا كما في الميراث، فإن قال الشهود: له قرابة غائبة[٧]، فالقاضي يفرز[٨] أنصباءهم، فإن قال الشهود: لا ندري كم عددهم، ينبغي للقاضي أن يقول لهم: احتاطوا، ولا[٩] تشهدوا إلا بما تتيقنوا به، فيقولوا: لا نعلم له قرابة أخرى [سوى][١٠] كذا وكذا، وإن أقام مدعي القرابة

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: وإذا.
(٣) في م: نفهم.
(٤) في أ: يستحسن.
(٥) في م: أعطيه.
(٦) في م: وآخذ.
(٧) في م: غيب.
(٨) زاد في م: أيضا.
(٩) في م: ألا.
(١٠) سقط في م.

شاهدين شهدا أن فلانا [القاضي][(١)] قضى [أنه قريب هذا][(٢)] الواقف، وأنه من قرابته.

قال هلال: ينبغي للقاضي أن يسألهما عن تفسير القرابة، فإن فسروا قرابة يستحق بها الوقف، أعطاه، وإلا فلا يعطيه شيئا، وإن لم يفسر الشهود، [أو كانوا][(٣)] قد ماتوا، أو غابوا، فالقاضي يسأل المدعي، ويستفسره[(٤)] القرابة، فإذا ذكر قرابة يستحق بها يعطيه الغلة، وإن ذكر قرابة لا يستحق بها لا يعطيه شيئا، وليس هذا نقضا لقضاء القاضي الأول، لأن القاضي الأول قضى بكونه قريب الواقف فقط، ولا ينقض هذا [القضاء][(٥)]، وليس كل قريب مستحق الوقف حتى لو قضى القاضي الأول بالغلة، أو قضى بأنه موقوف عليه، فإن القاضي الثاني يمضيه، ويعطيه الغلة، وإن لم يفسر المدعي القرابة أيضا، أو كان صبيا[(٦)].

قال هلال: القاضي يعطيه الغلة، ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة، وعلى أنه قضى بقرابة يستحق[(٧)] بها، وقاسه على مسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في الزيادات: أن مدعي الميراث إذا أقام بينة عند القاضي أن قاضي بلد كذا قضى بأنه وارث فلان الميت، ولم يرد الشهود على هذا، فهذا[(٨)] القاضي يجعله وارث الميت ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة كذا هاهنا.

هذه[(٩)] جملة ما أورده هلال في وقفه.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: أن هذا قريب.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في م: و.
(٤) في م: بتفسيره.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: وسا.
(٧) في م: يستحقه.
(٨) في م: فقال.
(٩) في أ: هذا.

وذكر الخصاف في وقفه: أن شهود المدعي إذا شهدوا أن قاضي بلدة كذا قضى أن [هذا][١] قريب الواقف، أستحسن أن أجيز هذا، وأحمله على الصحة، ولم يذكر سؤال الشهود، ولا سؤال المدعي، قال الفقيه أبو جعفر: وعندي: أنه لا يقضي له بالغلة، وليس هذا كمسألة الزيادات؛ لأن الوراثة إذا[٢] ثبتت، يستحق بها الإرث على كل حال، فأما القرابة متى تثبت قد يستحق بها الغلة، وقد لا يستحق، فلا تكون القرابة نظير الوراثة[٣].

رجل أثبت قرابته عند القاضي، وقضى بها، ثم جاء آخر، وادعى أنه قريب الواقف، ولم يجد القاضي[٤]، وأراد أن يخاصم المقضي له الأول، فإن كان الأول قد أخذ شيئا من الغلة، فهو خصم الثاني، وإن لم يكن أخذ شيئا من الغلة لم يكن خصما للثاني سواء قدمه إلى القاضي الذي قضى به للأول[٥]، أو قدمه إلى قاض آخر، وهذا استحسان ذهب إليه هلال، والقياس أنه إذا قدمه إلى القاضي الأول، أن يجعله خصما، كما في مسألة الوصية، فإن ادعى الوصية بالثلث، إذا أقام شهودا أن الميت أوصى له بالثلث، وقضى القاضي له بذلك، وأعطاه شيئا من التركة، فجاء رجل آخر، وادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله، ولم يجز الوارث، فقدم هذا الموصى له [إلى القاضي الأول][٦]، فهو خصم للثاني؛ لأنه يدعي شيئا مما في يده، وإن كان الأول لم يأخذ شيئا من التركة، إن قدمه الثاني إلى قاض آخر [لا][٧] يكون خصما له، وإن قدمه إلى القاضي الأول جعله خصما له، ويجب أن يكون الجواب

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: متى.
(٣) في م: القرابة.
(٤) في م: الوصي.
(٥) في م: الأول.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

في القرابة كذلك، [وهذا استحسان][(١)] هلال، وفرق بين المسألتين، ووجهه: أن الموصى له شريك الوارث، فإذا قدمه إلى قاض علم بكونه [شريكا للوارث][(٢)]، صار كما لو قدم الوارث.

وأما الموقوف عليه ليس بشريك للوارث[(٣)]، والثاني لا يدعي على الأول شيئا، إنما ادعى[(٤)] على الواقف أنه قريبه[(٥)]، والموقوف عليه ليس بنائب عن الواقف، فلهذا لا يكون خصما، ولو أن رجلا أثبت قرابته من الواقف، وفسر القرابة، وقضى القاضي [له][(٦)] بالغلة، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنه ابن المقضي له الأول، فإنه يقضي له بالغلة، ولا يحتاج إلى أن يفسر قرابته من الواقف؛ لأن الأول أثبت قرابته من الميت، فإذا أثبت الثاني أنه ابن الأول، كان ابن الأول بتلك القرابة ضرورة، وكذلك لو كان المقضي له الأول امرأة، وباقي المسألة بحالها، وإن أقام الثاني بينة أنه أخو المقضي له الأول لأبيه، فالقاضي [إن][(٧)] قضى للأول بقرابته من قبل أبيه، [قضى للثاني، وإن قضى للأول بقرابته من قبل أمه][(٨)]، كان الثاني أجنبيا من الواقف، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، وشهادة ابني الواقف أن هذا الرجل قريب وَالِدِنا مع تفسير القرابة، مقبولة؛ لإيرادهم في هذه الشهادة.

ولو ادعى قوم أنهم[(٩)] قرابة الميت، وشهد بعضهم بالقرابة لبعض، بأن شهد [اثنان لاثنين][(١٠)] منهم أنهما قرابة الواقف، [وفسراها، ثم][(١١)] شهد المشهود لهما

---

(١) في م: استحسن.
(٢) في م: شريك الوارث.
(٣) في م: الوارث.
(٤) في م: يدعي.
(٥) في أ: قريب.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: أبيه.
(٩) في م: أنه.
(١٠) في م: ابنان لابنين.

للشاهدين أنهما قرابة الواقف، لا تقبل شهادتهم؛ لأن كل فريق شهد للفريق الآخر بما له فيه شركة؛ لأنه ما من جزء من أجزاء المال ثبت لأحد الفريقين [إلا وللفريق][(١)] الآخر فيه حق الشركة، وإن كان القاضي قد قضى بشهادة الشاهدين الأولين، ثم شهد المقضي لهما للشاهدين، لا يقبل شهادتهما للشاهدين الأولين؛ لأنها لو قبلت تدفع الشركة بين المشهود لهما وبين الشاهدين، وشهادة الشاهدين الأولين ماضية على حالها؛ لأنها تأكدت بالقضاء، فلا تبطل، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا لم يقض القاضي بشهادة الشاهدين الأولين، حيث لا يقبل شهادتهم جملة، لأن هناك أحد الفريقين لم تتأكد [شهادته][(٢)].

أما هاهنا بخلافه، وإذا وقف أرضه على قرابته، فجاء رجل، وادعى أنه من قرابته، وأقر الواقف بذلك، وفسر القرابة، وقال: هذا ممن وقفت عليه، فإذا كان للواقف قرابة معروفون، لا يصح إقراره؛ لأن الوقف قد ثبت للمعروفين، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال حق المعروفين في الوقف[(٣)] فلا يصدق، كالمريض إذا أقر أن هذا أخي، أو عمى، وله ورثة معروفون، فإنه لا يصح إقراره، كذا هاهنا، وهذا إذا كان الإقرار من الواقف بعد عقد الوقف، فأما إذا أقر بذلك في عقد الوقف بأن قال في عقد الوقف: هذا ممن وقفت عليه قبل ذلك منه؛ لأن حق الغير لم يثبت بعد، فلم يكن هذا الإقرار مبطلا حقا لأحد[(٤)]، بخلاف ما إذا كان الإقرار بعد عقد الوقف، وأما إذا لم يكن له قرابة معروفون، فالقياس ألا يصح إقراره؛ لأن الحق قد ثبت للفقراء، فلا يقبل قوله في تنقيص حقهم.

وفي الاستحسان: يقبل قوله؛ لأن الحق لم يثبت لشخص بعينه، وهو نظير

---

(١١) في م: وفسروها و.

(١) في م: الأولين للفريق.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: البعض.

(٤) في م: على أحد.

المريض إذا لم يكن له ورثة معروفون، فقال لرجل: هذا أخي لأبي وأمي، صح إقراره، وإن كان فيه إبطال حق بيت المال، والمعنى ما ذكرنا أن الحق لم يثبت لشخص بعينه، وإذا عرفت الجواب في إقرار الواقف بالقرابة، تبنى عليه مسألة الشهادة على الواقف بالقرابة، ففي كل موضع صح إقراره قبلت الشهادة على إقراره، وفي كل موضع لا يصح إقراره لا تقبل الشهادة على إقراره.

قال: وإذا وقف على ولده ونسله، ثم أقر لرجل أنه ابنه، فإنه لا يصدق في الغلات الماضية؛ لأنها صارت حقا للمعروفين، ويصدق في الغلات المستأنفة؛ لأن النسب يثبت بإقراره، فعند الاستحقاق هو وسائر الورثة في النسب على السواء، وإذا وقف على قرابته، وجاء رجل يدعي أنه من قرابته، وأقام بينة، فشهدوا أن الواقف كان يعطيه مع القرابة في كل سنة شيئا، لا يستحق بهذه الشهادة شيئا، وكذلك لو شهدوا أن [القاضي فلانا كان][1] يدفع إليه مع القرابة في كل سنة شيئا، ولا يكون دفع القاضي حجة؛ لأنه يحتمل أن القاضي قضى على بعض قرابة الواقف بإقراره له [أنه ابنه][2]. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في م: قاضي فلان.
(٢) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل معرفة قرابة الواقف الذين يستحقون بها الوقف:

قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبيه، وكل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه المحرم، وغير المحرم، والقريب، والبعيد، والجمع، والفرد في ذلك على السواء، فإذا وقف على قرابته، أو على [ذوي قرابته، أو على][(١)] أقربائه، أو على ذو[(٢)] قرابته، دخل هؤلاء تحت الوقف عندهما.

وقال أبو حنيفة[(٣)] - رحمه الله -: إن حصل الوقف بلفظ الواحد نحو قوله: على قرابتي، على ذي قرابتي، دخل تحت الوقف من كان أقرب إلى الواقف من محارمه، وإن حصل الوقف بلفظ الجمع نحو قوله: على ذوي قرابتي، [أو][(٤)] على أقربائي، يعتبر [ما ذكر للجمع][(٥)] حتى ينصرف اللفظ إلى المثنى، فصاعدا.

وتكلم المشايخ في معنى قوله: أقصى أب له في الإسلام.

قال بعضهم: معناه أقصى أب أدرك الإسلام أسلم، أو لم يسلم.

وقال بعضهم: معناه أقصى أب أسلم، وثمرة هذا [الخلاف][(٦)] تظهر في العلوي إذا وقف على قرابته، فعلى قول من شرط إدراك الإسلام، أول أب[(٧)] أدرك الإسلام أبو طالب، فيدخل تحت الوقف أولاد عقيل، وأولاد جعفر، وأولاد علي، وعلى قول من شرط [نفس][(٨)] الإسلام، أول أب أسلم علي - رضي الله عنه -، فيدخل تحت الوقف أولاد علي، ولا يدخل أولاد عقيل، ولا أولاد جعفر.

---

(١) سقط في م.
(٢) في أ: ذوي.
(٣) في م: يوسف.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: مع ما ذكر الجمع.
(٦) في أ: الاختلاف.
(٧) في أ: من.
(٨) سقط في م.

وقال هلال: القرابة إلى ثلاثة آباء، فمن[١] انتسب إلى واحد من الآباء الثلاثة، يدخل في الوقف، وما لا، فلا.

وقال قوم: القرابة إلى أربع آباء.

وإنما اعتبر أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - أقصى أب له في الإسلام؛ لأنه لا وجه إلى الصرف إلى القرابة العامة؛ لأنه يدخل في الوقف من كان في الجاهلية[٢]، لأن جميع [الناس][٣] أقرباؤه؛ لأن الناس كلهم أولاد [آدم، ونوح][٤] - صلوات الله عليهما -، ولو دخلوا[٥] تحت الوقف لا يصيب واحدا منهم شيء، ونحن نعلم أن قصد الواقف انتقاع[٦] الموقوف عليه.

أما لو اعتبرنا أقصى أب له في الإسلام، [يصيب][٧] كل واحد منهم شيئا، فلهذا اعتبرنا ذلك، [وإنما سوينا بين القريب، والبعيد، والمحرم، وغير المحرم، لأن الاستحقاق باسم القريب، وهذا الاسم يتناول الكل][٨]، وإنما سوينا بين الجمع، والفرد؛ لأن الاستحقاق باسم القرابة، والقريب[٩] اسم جنس، واسم الجنس ينصرف إلى الواحد مع احتمال الكل.

وأما أبو حنيفة - رضي الله عنه - إنما اعتبر الجمع فيما إذا حصل الاتفاق بلفظ الجمع عملا بحقيقة اللفظ، وإنما اعتبر القرابة المحرمة للنكاح؛ لأن مقصود الواقف صلة القرابة، فالظاهر أنه يريد قرابة يفترض وصلها، وإنما اعتبر الأقرب فالأقرب؛

---

(١) في م: فما.
(٢) زاد في م: لأن في الجاهلية.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: نوح وآدم.
(٥) في م: دخل.
(٦) في م: إيقاع.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) زاد في م: وإنه.

لأن القرابة مشتقة من القرب، فما كان أقرب كان أولى بصرف اللفظ إليه، [وهذا][١] بيان جملة ما ذكرنا.

وإذا كان للواقف عمان وخالان، وقد حصل الإيقاف بلفظ الجمع، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: الغلة للعمين؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، وقرابة العم أقرب من قرابة الخال، ولهذا كان الميراث للعم دون الخال، واسم الجمع ينطلق عليهما.

وعندهما: الغلة بين العمين والخالين أرباعا؛ لأنهما لا يعتبران الأقرب لما ذكرنا أن اسم القرابة يتناول الكل، ولو كان له عم واحد وخالان، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: للعم نصف الغلة، والنصف بين الخالين نصفين؛ لأن أبا حنيفة - رضي الله عنه - يعتبر الأقرب، وقرابة العم أقرب، فكأن العم انفرد، إلا أن العم الواحد لا يستحق أكثر من نصف الغلة إذا كان الإيقاف[٢] بلفظ الجمع عنده؛ لأن [استحقاق الكل][٣] عنده في هذه الصورة معلق بوجود الجمع، والواحد ليس بجمع، فلا بد وأن ينتقص[٤] من الكل شيء، وأعلى ما يستحق الواحد مع [غيره][٥] النصف، وإنما اعتبرنا الأعلى وهو النصف؛ لأنه إنما ينتقص حقه عن النصف إذا كثر المزاحم، ولا نهاية لما زاد على الواحد، ولا يعتبر المزاحم أكثر من الواحد، فإذا أخذ العم نصف الثلث خرج هو من البين، وصار الواقف في النصف الثاني كأنه لا عم له، فيكون بين الخالين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: الغلة بين العم والخالين بالسوية، لما قلنا: إنهما لا يعتبران الأقرب، ولا يعتبران الجمع.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الاتفاق.
(٣) في أ: الاستحقاق للكل.
(٤) في م: ينقص.
(٥) سقط في م.

ثم اختلف المشايخ على قول أبي يوسف - رحمه الله - بعضهم قالوا: إنما يصح الوقف لقرابته إذا كان من يجمعهم[١] وأقصى أب لهم في الإسلام لا يخرجون عن حد الإحصاء.

وعامة المشايخ على أن الوقف صحيح على كل حال؛ لأن هذا وقف أريد به وجه الله تعالى، وهو صلة القرابة، فيصبح على كل حال، فبعد[٢] ذلك إن كانوا يحصون، فالغلة بينهم على السوية لا يفضل البعض على البعض، وإن كانوا لا يحصون صار كأنه وقف على الفقراء.

فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - جاز صرف جميع الغلة إلى الواحد منهم بناء على أن الفقراء عنده اسم جمع، وأقل الجمع في هذا الباب المثني.

أصل هذا الخلاف[٣] في الوصايا، ولا يدخل في هذا [الباب ولد][٤] الواقف، ولا والده؛ [لأن][٥] اسم القريب لا يتناولهما، قال الله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ عطف القريب على الوالد، والشيء لا يعطف على نفسه، ولأن اسم القريب [ينبئ عن القرب][٦]، وبين الوالدين والمولودين بعضية، وإنما [ينبئ عن الإيجاد دون القريب][٧]، ويدخل تحت هذا الوقف الجد، والجدة، وولد الولد؛ لأن اسم القريب ينطلق[٨] عليهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنهم لا يدخلون، والذين[٩]

---

(١) في م: يجمعه.
(٢) في م: وبعد.
(٣) في م: الاختلاف.
(٤) في م: الوقف وكذا.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: يبنى على القريب.
(٧) في م: .
(٨) في أ: يطلق.
(٩) في م: وللذين.

ذكرنا في قوله: لأقربائه، ولذوي قرابته، وكذا في قوله: لأرحامه، [ولذوي أرحامه، ولأنسابه، ولذوي][١] أنسابه، لأن المعنى يجمع الكل، ولو وقف على[٢] قرابته، فالقياس أن تكون الغلة لواحد من قرابته، حتى إذا كان له عم وخالان، فالغلة كلها للعم، لأن اللفظ فرد بصيغته.

وفي الاستحسان الوقف عليهم؛ لأنه يراد به الجنس، ويراد به التودد، وكأنه عمهم.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: يجب أن تكون المسألة على الخلاف على قياس مسألة الوصية.

وصورة المسألة: إذا وصى بثلثه لهذا، أو[٣] لهذا، أو[٤] لأحد من بني فلان.

فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: الوصية باطلة؛ لأنها وصية لمجهول.

وعلى قول محمد: الوصية جائزة، وللورثة الخيار؛ لأنهم قائمون مقام المورث.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله [ومحمد أنه][٥] -: يجوز إعطاؤها للواحد.

وقول أبي حنيفة - رحمه الله - يجب أن يكون كقول محمد؛ لأنه جعل الوصية للواحد[٦]، حتى قال: الوصية وقعت للمجهول[٧]، ولو كان وقف على ذي قرابته، أو أقربائه، أو أنسابه، أو أرحامه الأقرب فالأقرب، لا يعتبر الجمع بلا خلاف، لأن قوله: الأقرب[٨] فالأقرب، خرج تفسيرا لصدر الكلام، فيكون العبرة له، وأنه اسم فرد فيتناول الواحد عند أبي حنيفة - رحمه الله -، والأقرب فالأقرب عندهما.

---

(١) في م: وأنسابه وذو.
(٢) زاد في أ: ذي.
(٣) في م: و.
(٤) في م: و.
(٥) سقط في أ.
(٦) في م: لواحد.
(٧) في م: المجهولة.
(٨) زاد في م: فالأقرب فإنه يدخل تحت الوقف الأقرب.

ومما يتصل بهذا الفصل:

إذا وقف على أقرب الناس منه، ومن بعده على المساكين، وله ابن أو أب، دخل تحت الوقف الابن؛ لأنه أقرب الناس إليه، ولو كان وقف على [أقرب][(١)] الناس من قرابته لا يدخلان[(٢)] تحت الوقف؛ لأن في الفصل الثاني اعتبر الأقرب من قرابته وابنه وأبوه ليسا من قرابته، وفي الفصل الأول اعتبر الأقرب إليه، [والابن أقرب إليه][(٣)]، وإن كان له ابن وأبوان، فالغلة للابن؛ لأن الابن أقرب إليه، وكذلك البنت، وإذا مات الابن أو البنت كانت الغلة للمساكين ولا تكون للأبوين؛ [لأنه جعل][(٤)] ذلك للأقرب، ولم يجعل للأقرب فالأقرب.

وإن كان له أبوان لا غير كانت الغلة بينهما نصفين، فإن مات أحدهما كان للحي النصف، والنصف الآخر للمساكين، وكذلك الأولاد إن كانوا عدة فمات أحدهم كانت حصته للمساكين، فإن كان للواقف أم وإخوة كانت الغلة للأم دون الإخوة، وكذلك إذا كان له أم وجد، فالأم أقرب من الجد ومن الإخوة، والأب أيضا أقرب، وإن كان له جد أبو أب، [وإخوة][(٥)]، فالغلة للجد في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لأنه يرى الجد بمنزلة الأب، وفي قوله الآخر: للإخوة دون الجد، فإن كان [له] ثلاثة إخوة متفرقون، فالغلة للأخ لأب وأم وإن كان له أخ لأب وأخ لأم، فالغلة لهما جميعا، ولا ينظر في ذلك إلى المواريث.

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: الأخ لأب أولى، ولو كان له أب وابن ابن، فالغلة للأب دون ابن الابن، وإن كان أخ له لأبيه وأمه، وابن ابن، كانت الغلة لابن الابن، وإن كانت له بنت بنت، وله ابن ابن ابن أسفل من هذه، كانت الغلة لبنت

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: يدخل.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: لأن.
(٥) سقط في م.

البنت، وكذلك الوصية في هذا كله، ولو كان له أخت لأب، وأم، وبنت بنت بنت، فبنت بنت البنت أولى؛ لأنها أقرب لأنها من صلبه، والأخت من صلب أبيه، ولا يعتبر الإرث.

ألا ترى أنه لو كان له مولى العتاقة، فبنت البنت أولى في الوقف، وإن كان مولى العتاقة مقدما على بنت البنت في الميراث، فالحاصل: أنه يبدأ بولد الواقف، ثم بولد الأب، ثم بولد الجد، وإن كان له أب لأم، وبنت لأخ لأم، أو لأب وأم، فعند أبي حنيفة - رحمه الله -: الجد أولى، ولو كان مكان بنت الأخ بنت البنت، فهو أولى بالاتفاق، ولو كان له ابن أخ لأب وأم، وابن أخ لأب، فالغلة لابن الأخ لأب وأم، ولو كان له ابن أخ لأب، وابن أخ لأم[1]، فعند أبي حنيفة - رحمه الله -: الغلة لابن الأخ لأب، وعندهما: الغلة بينهما، وجنس هذه المسائل في وقف الخصاف في باب الرجل يقف أرضه على قرابته يبدأ بأقربهم.

ولو قال: أرضي صدقة للأقارب، أو[2] الأنساب، أو لذوي الأرحام، ولم يضف [إلى نفسه][3] يكون ذلك على قرابته لمكان العرف، ولأن معهود كل إنسان قرابته، والألف واللام لتعريف المعهود، ولو قال: على قرابتي من قبل [أبي وأمي، أو قال: على قرابتي من قبل أبي، أو على قرابتي من قبل][4] أمي، فهو على ما قال، فتقسم الغلة عليهم على عدد رؤوسهم، ولو قال على قرابتي من قبل أبي وقرابتي من قبل أمي، أو على قرابتي من قبل أمي، فهو على ما قال فتقسم الغلة عليهم على عدد رؤوسهم، ولو قال: على قرابتي من قبل أبي وقرابتي من قبل أمي[5]، فالغلة تقسم على عدد رؤوسهم يستوي فيه من كان من قبل [أبيه وأمه، أو من كان من قبل أبيه،

(١) في م: لابن.
(٢) في م: و.
(٣) في م: لنفسه.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: وأبي.

أو من كان من قبل][١] أمه، ولا تترجح قرابته من قبل أبيه [وأمه][٢]، ولو قال: بين قرابتي من قبل أبي، وبين قرابتي من قبل أمي، فنصف الغلة يكون لقرابته من قبل أبيه، ونصفها يكون لقرابته من قبل أمه.

قال: ألا ترى أنه لو قال: أوصيت بثلث مالي بين زيد وعمر، فإذا أحدهما ميت، فللحي منهما كل الثلث.

وذكر الخصاف في وقفه: [إذا وقف][٣] على قرابته الأقرب فالأقرب ومن بعدهم على المساكين، فالغلة كلها لأقرب قرابته.

* * *

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.

الفصل السابع[١]

في الوقف على فقراء قرابته

إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، أو[٢] فقراء ولدي، ثم من بعدهم على المساكين، فهذا الوقف صحيح، والمستحق للغلة من كان فقيرا يوم مجيء الغلة عند هلال، وبه نأخذ. ولو قال: على من افتقر من قرابتي، فهو على هذا من افتقر بعد الغنى عند محمد - رحمه الله-.

وقال غيره: هذا على من كان فقيرا يوم مجيء الغلة، سواء كان فقيرا من الأصل، أو كان غنيا ثم[٣] احتاج، وكقوله: على من يسكن البصرة من قرابتي، يعتبر سكناه بالبصرة يوم مجيء الغلة، سواء كان ساكنا بالبصرة من الابتداء، أو لم يكن ساكنا، وإنما سكن الآن، ثم من له المسكن لا غير، أو كان له مسكن، وخادم، فهو فقير في حق الزكاة، والوقف، وكذلك إذا كان له مع ذلك ثياب كفاف لا فضل فيها[٤]، وكذلك إذا كان له مع ذلك متاع البيت ما لا غنى عنه؛ لأن هذه الأشياء من جملة ما لا بد منه، وإن كان له مائتا درهم، أوعشرون مثقال ذهب، لا حظ له من الوقف؛ لأنه غني.

ألا ترى أنه وجبت عليه الزكاة، ولو كان له فضل من متاع البيت، أو الثياب، وذلك الفضل يساوي مائتي درهم فصاعدا، فهو غني لا يحل له الزكاة ولا الوقف، وإن كان له مسكنان، أو خادمان، والمسكن الفاضل، والخادم الفاضل يساوي مائتي درهم، فهو غني في حق حرمة أخذ الزكاة والوقف، وإن لم يكن غنيا في حق وجوب الزكاة.

---

(١) في م: السادس.
(٢) في م: وعلى.
(٣) زاد في م: افتقر كقوله: على من احتاج من قرابتي، فهو على من كان محتاجا سواء كان محتاجا من الأصل أو غنيا ثم.
(٤) في م: فيهما.

وهذا مذهب أصحابنا - رحمهم الله -، وإن [كان][١] له أرض تساوي مائتي درهم، وليس يخرج من غلتها ما يكفيه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: هو غني لا يعطى من الزكاة والوقف، وهو قول هلال.

وقال محمد بن سلمة، ومحمد بن مقاتل الرازي: هو فقير.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إن كان لا يخرج من الأرض ما يكفيه؛ لنقصان فيها فهو فقير، وإن كان نقصان الغلة، لعدم[٢] تعاهد هذه الأرض، وقصوره في القيام عليها، فهو غني، وإن كان له مال غائب عنه، أو كان له [مال][٣] على الناس ديون، وهو لا يقدر على أخذه، حل له الزكاة والوقف، وإن كان يقدر على الاستقراض، [فالاستقراض][٤] له خير من قبول الزكاة والوقف، ومع هذا لو قبل الزكاة والوقف والحالة هذه، لا يكره؛ لأنا جعلنا ماله الغائب، والدين الذي لا يقدر على أخذه كأن لم يكن، ولو لم يكن له مال، وهو يقدر على الاستقراض، فلم يستقرض، وأخذ الزكاة والوقف أليس أنه لا يكره، كذا هاهنا، والفقير الكسوب لا بأس بأن يأخذ من غلة الوقف، وإن كان لا تحل له الزكاة، لأن باب الوقف أوسع.

ألا ترى أنه لا يجوز أخذ الزكاة لفقراء بني هاشم، ويجوز لهم أخذ غلة الوقف إذا سموا في الوقف.

وإن كان له دين على مفلس فهو فقير، وإن كان على مليء وهو مقر به فهو غني، وإن كان منكرا وله بينة فكذلك؛ وإن لم تكن بينة فهو فقير.

ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، وفيهم رجل فقير يوم مجيء الغلة فاستغنى قبل أن يأخذ حصته فله حصة؛ لأن الملك قد وجب له يوم مجيء

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: لقلة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

الغلة؛ ألا ترى أن مات قبل أخذ نصيبه لا يبطل نصيبه، وإنما يبطل لما قلنا، فإن ولدت امرأة من قرابته ولداً بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر، فلا حصة لهذا الولد في هذه الغلة؛ لأن الاستحقاق بصفة الفقراء مع صيغة القرابة، وصفة الفقر غير ثابتة للحمل؛ لأن الفقر هو الحاجة، ولا حاجة للحمل[١] إلى شيء، وإنما [يثبت][٢] له صفة الفقر بالانفصال عن الأم، فهو كواحد من قرابته إن كان غنيا يوم مجيء الغلة ثم افتقر بعد ذلك، فإنه[٣] لا يستحق من هذه الغلة شيئا كذا هاهنا.

ولو قال: على من كان فقيرا من نسل فلان، وليس في نسل فلان إلا فقير واحد، فله جميع الغلة؛ لأن كلمة (من) مبهمة تصلح كناية عن الجماعة، وعن الواحد، قال تعالى: ﴿وَمِنۡهُم مَّن يَسۡتَمِعُ إِلَيۡكَۖ﴾. ذكر الاستماع بلفظ الواحد[٤]، ثم قال: ﴿وَجَعَلۡنَا عَلَىٰ قُلُوبِهِمۡ أَكِنَّةً أَن يَفۡقَهُوهُ﴾. بخلاف ما لو قال: على فقراء بني فلان.

أو قال: على فقراء آل فلان، وليس فيهم إلا فقير واحد، فله نصف الغلة؛ لأنه نص على صيغة الجمع هاهنا، وأقل ما يطلق[٥] عليه اسم الجمع في هذا الباب المثنى، فصار موجبا لهذا الواحد نصف الغلة.

إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء ولد عمر [بن الخطاب - رضي الله عنه -، ووقف رجل آخر أرضه على مثل ذلك، وفي أولاد عمر - رضي الله عنه-][٦] فقراء، فأي الغلتين [أدركت فهي لهم، وإن أدرك أحد][٧] الغلتين قبل الأخرى، وأصاب كل واحد منهم من تلك الغلة مائتا درهم فصاعدا، ثم أدركت الغلة الأخرى، وعندهم ذلك، فلا حق لهم في الأخرى، لأن صفة الفقر قد

(١) في م: إلى الحمل.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وإنه.
(٤) زاد في م: أن.
(٥) في م: ينطلق.
(٦) سقط في م.
(٧) ما بين المعقوفين في م: إحدى.

بطلت قبل مجيء الغلة الأخرى، ولو أدركت الغلتان معا كانتا لهم، وإن كان نصيب كل رجل منهم[١] من كل غلة ما يصير به غنيا، لأن صفة الفقر قائمة عند الغلتين، وهو نظير ما لو أوصى رجلان كل واحد منهما [بثلث كل واحد منهما][٢] لفقراء [ولد][٣] عمر - رضي الله عنه -، فإن كان ثلث كل واحد منهما [يغنيهم][٤].

وكذلك لو كان الواقف رجلا واحدا [وقف أرضين في وقفين مختلفين، كان الجواب فيه كالجواب فيها، إذا كان الوقف من رجلين أخوان لأب وأم وقفا][٥] على فقراء قرابتهما، فجاء فقير واحد من القرابة.

ينظر: إن كان وقفا مشتركا بينهما يعطى هذا الفقير قوتا واحدًا، [لأن هذا وقف واحد][٦]، وإن وقف لكل[٧] واحد أرضا على حدة يعطي [من][٨] كل واحد قوته على حدة، والمراد من القوت في جنس هذه المسائل[٩] الكفاية.

فإن كان الوقف أرضا يعطى كفاية سنة بلا إسراف ولا تقتير؛ لأن غلة الأرض إنما تحصل بالسنة، وإن كان الوقف حانوتا يعطى كفاية كل شهر؛ لأن غلة الحانوت تحصل كل شهر.

وإذا وقف على فقراء قرابته، فجاء رجل يدعي الغلة، ويدعي أنه قريب الواقف، وأنه فقير كلف إقامة البينة على القرابة، وعلى أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس له أحد يلزمه نفقته، والقياس: أنه لا يكلف إقامة البينة على الفقر؛ لأن الأصل في

---

(١) في م: واحد.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بعينهم.
(٥) بدل ما بين المعقوفين في م: وقد وقف.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: كل.
(٨) سقط في م.
(٩) في أ: المسألة.

الإنسان الفقر؛ لأنه خلق وهو عديم المال، [ولكنا استحسنا][(١)]، وقلنا: يكلف إقامة البينة على ذلك؛ لأن الاستحقاق بالفقر الأصلي استحقاق بالظاهر، واستصحاب الحال، وأنه لا يصلح[(٢)] حجة للاستحقاق، ثم شرط مع إقامة البينة على [الفقر][(٣)]، إقامة البينة على أنه ليس له أحد يلزمه نفقته؛ لأنه يعتبر غنيا لغنى[(٤)] المنفق في حكم الوقف، وفيه كلمات كثيرة تأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى-.

فإن أقام البينة على أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس أحد يلزمه نفقته أدخله القاضي في الوقف، واستحسن هلال ألا يدخله حتى يسأل عنه في السر.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: وإنه حسن.

وقال أيضا: وإن أتى ببينة على ما قلنا، وسأل القاضي في السر، ووافق خبر السر البينة أنه فقير، وليس له أحد يلزمه نفقته، فالقاضي لا يدخله في الوقف حتى يستحلفه بالله ما لك مال، وإنك فقير.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: وإنه حسن أيضا؛ لأن مال الغير لا يقف عليه غيره في الحقيقة وهو يعلم ذلك ويستحلف عليه، وكذلك يستحلف على قول هلال بالله ما لك أحد يلزمه نفقتك، وإنه حسن أيضا.

وهكذا ذكر الخصاف في وقفه.

وإن شهد شاهدان على فقره، وأخبره[(٥)] عدلان في السر أنه غني، فخبر الغنى أولى؛ لأنه مثبت، ولأن المخبر عن الغنى يعلم ما [لا يعلم][(٦)] الآخر.

قال هلال - رحمه الله -: والخبر في هذا الباب والشهادة سواء؛ لأن هذا ليس

---

(١) في م: استحسانا.
(٢) في م: يصح.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: بغنى.
(٥) في م: وأخبر.
(٦) في م: يعلمه.

بشهادة[١] على الحقيقة، بل هو خبر، وإن شهد الشهود أنا لا نعلم [أن][٢] له أحدا يلزمه نفقته يكتفي به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له [أحد ينفق عليه، كما في الميراث إذا شهدوا أنا لا نعلم له وارثا غيره، يكتفي به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له][٣] وارث غيره.

وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده وفقره في الوقف، فله ذلك إن كان صغيرا، لأن له ولاية عليه[٤]، بخلاف الكبار[٥]؛ لأنهم يثبتون[٦] فقرهم بأنفسهم؛ لأنه لا ولاية لغيرهم عليهم، ووصي الأب في هذا بمنزلة الأب، وإن لم يكن له أب، ولا وصي الأب، وله[٧] أم، أو أخ، أو عم، أو خال، فلهؤلاء إثبات قرابة الصغير وفقره[٨]، إذا كان الصغير في حجرهم[٩] استحسانا؛ لأن هذا محض منفعة في حق الصغير فصار كقبول الهبة، ولهؤلاء قبول الهبة على الصغير، إذا كان الصغير في حجرهم إلا أن بين قبول الهبة، وبين إثبات القرابة نوع فرق، فإن الأم تقبل الهبة على الصغير، وإن كان الأب حيا، ولا تثبت قرابة الصغير وفقره إذا كان الأب حيا.

والفرق: أن الهبة ربما تفوت لو انتظر مجيء الأب بأن يرجع الواهب عما أوجب، أو تقوم من مجلسه، فتبطل الهبة لو انتظر حضور الأب، وهاهنا، لو[١٠] انتظر حضور الأب لا يفوت على الصغير شيء، لأن الأب إذا حضر يثبت قرابة

---

(١) في أ: شهادة.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: عليهم.
(٥) في م: الكفار.
(٦) في م: ينسون.
(٧) زاد في م: ولهم.
(٨) في م: وفقرهم.
(٩) في م: حجره.
(١٠) في ب: ولو.

الصغير وفقره في الأزمنة الماضية، فيستحق[(١)] الغلات الماضية، ثم إن كان[(٢)] الأم، أو العم، أو الأخ موضعا لوضع الغلة في أيديهم، [فما يصيب][(٣)] الصغير من الغلة يدفع إليهم، ويؤمرون بالإنفاق عليه، وإن لم يكن موضعا لذلك، يوضع في يدي رجل ثقة ويؤمر بالنفقة عليه.

في النوازل: إذا وقف على فقراء قرابته، فأراد بعض الفقراء من قرابته أن يحلف البعض، ما[(٤)] هم أغنياء، إن ادعوا دعوى صحيحة بأن ادعوا عليم ما لا يصيرون به أغنياء، كان لهم أن يحلفوهم؛ لأنهم ادعوا عليهم معنى لو أقروا به[(٥)] يلزمهم، وإن كان القيم يميل إليهم، فأراد هؤلاء أن يحلفوا القيم بالله ما يعلم أن هؤلاء أغنياء، ليس لهم ذلك، لأن القيم لو أقر بذلك لم يلزم أولئك شيء، فإذا أنكر لا يستحلف، فإذا أثبت الرجل قرابته وفقره عند قاض، ثم جاء يطلب وقفا آخر لا يكلف إعادة البينة على الفقر؛ لأنه ثبت[(٦)] فقره في وقف، ومن كان فقيرا في وقف كان فقيرا في كل وقف، وكذلك لو أثبت قرابته من الواقف في وقفه، ثم جاء يطلب وقف أخيه لا يكلف إعادة البينة على القرابة إذا كان الثاني أخا الأول[(٧)] لأبيه وأمه؛ لأنه إذا كان قريب [أحد الأخوين كان قريب][(٨)] الأخ الآخر ضرورة، وكذلك لو جاء [أخو][(٩)] المقضي له لأبيه وأمه لا يكلف إعادة البينة على القرابة من الواقف؛ لأن ذلك ثابت ضرورة بثبوت[(١٠)] قرابة الأول، وكذلك لو أثبت رجل في وقف أنه من بني العباس

---

(١) في م: يستحق.
(٢) في م: كانت.
(٣) في م: فإن نصيب.
(٤) في م: فما.
(٥) في م: بذلك.
(٦) في م: يثبت.
(٧) في م: للأول.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: ثبوت.

لا يحتاج إلى إثبات نسبه في وقف آخر، وكذلك [هذا في][١] سائر [أوقاف][٢] القرابات.

ولو أقام رجل بينة عند القاضي أن القاضي الذي كان قبله قضى بقرابته وفقره قبل هذه بمدة، استحق الغلة، وإن طالت المدة في القياس؛ لأن الفقر قد ثبت، وبقي على ذلك حتى يحدث غيره استحسانًا.

وقلنا: إن القاضي يسأله إعادة البينة إذا طالت المدة على أنه فقير؛ وهذا لأن الإنسان لا يبقى على حاله زمانا طويلا، هذا هو الظاهر، وإنما يعتبر الفقر في كل سنة عند حدوث الغلة، فمن كان فقيرا قبله استحق تلك الغلة، ومن افتقر بعد ذلك لا يستحق من تلك الغلة وإنما يستحق من غلة أخرى، فإذا قضى القاضي أنه فقير، ثم جاء بعد ذلك يطلب الغلة، وهو غني. وقال: إنما استغنيت بعد حدوث الغلة، وقال شركاؤه: لا، بل استغنى قبل حدوث الغلة، فالقياس: أن يكون القول قوله، لأنا عرفنا فقره، فكان الغنى في حقه حادثًا، فيحال على أقرب الأوقات.

وفي الاستحسان: القول قول الشركاء، ويجعل الحال حكما على ما مضى على ما عرف في كثير من المسائل، ولو لم يكن القاضي قضى بفقره فجاء يطلب الغلة وهو غني، وقال: إنما استغنيت بعد مجيء الغلة، لا يقبل قياسا واستحسانًا، فإن جاء يطلب الغلة ويدعي أنه فقير، وقال الشركاء: إنه غني، وأرادوا[٣] استحلافه، فلهم ذلك، ويحلفه القاضي بالله ما هو اليوم غني عن الدخول في هذا الوقف مع[٤] فقرائهم وعن أخذ شيء من غلته، وإذا شهد الشهود على فقره، وكان ذلك بعد حدوث الغلة، لم يدخل في[٥] تلك الغلة، وإنما يدخل في الغلة الثانية إلا أن يبينوا

---

(١) في م: على هذا.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: وأراد.
(٤) زاد في م: شركائهم في.
(٥) في م: تحت.

فقره، وكان الوقف قبل حدوث الغلة، فحينئذ يثبت حقه في تلك الغلة.

ولو أن رجلا ثبت فقره عند القاضي في وقف فجاء رجل وادعى أن له عليه دينا وأراد حبسه عند القاضي، فقال للقاضي: إنك قد قضيت بفقري فلا تحبسني، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك، لأن فقر الوقف دون إعدام [الدين][(١)]، فإن من كان له مسكن وخادم وثياب البدن يستحق الوقف، وفي الدين مثل هذا لا يكون معدما، ولو ثبت إعدامه في الدين فجاء يطلب الوقف، فالقاضي لا يكلفه البينة على الفقر؛ لأن الإعدام فوق الفقر، وثبوت الأعلى يغني عن إثبات الأدنى.

وإذا شهد القرابة بعضهم لبعض في الوقف [بالفقر][(٢)] لا يقبل إذا شهد كل فريق لصاحبه؛ لأنهم يثبتون مالًا مشتركا، وإن كان الشهود أغنياء، وشهدوا لرجل من قرابته بقرابته[(٣)]، وفقره، ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه في باب الوقف على فقراء القرابة: أنهم إذا لم يجروا إلى أنفسهم منفعة بشهادتهم، ولم يدفعوا عن أنفسهم بذلك مضرة، قبلت شهادتهم.

وذكر - رحمه الله - في باب قبل هذا الباب متصل به: لو شهد رجلان ممن صحت قرابتهما لرجل أنه قرابة الواقف، وفسروا قرابته، أن ذلك جائز، وإن لم تعدل شهادتهما، فرد القاضي فللذي[(٤)] شهد له بقرابة الواقف [أن يدخل معهما فيما يصل إليهما من مال الواقف][(٥)] وشاركهما في ذلك.

وذكر هلال - رحمه الله - في وقفه: إذا شهد رجلان أجنبيان بقرابة رجل من الواقف، وشهد قريبان بفقره، قبلت شهادتهما من غير فصل.

قال هلال - رحمه الله - في وقفه: لو[(٦)] أقر رجل من القرابة أنه كان غنيا، ثم

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: بقرابتهم.
(٤) في م: والذي.
(٥) سقط في م.
(٦) في ا: أو.

جاء يطلب الوقف. وقال: أنا فقير، وإنما افتقرت قبل حدوث الغلة [لا يقبل قوله، وإن كان [فقيرا للحال][(١)]؛ لأنا قد علمنا غناه، ولم نعلم فقره بعد ذلك قبل حدوث الغلة] بمجرد قوله، [ونجعل الحال][(٢)] حكما؛ لأن تحكيم الحال عمل بنوع[(٣)] ظاهر، والظاهر لا يستحق به شيء، وإن شهد الشهود أنه تلف[(٤)] ماله قبل حدوث الغلة، استحق الغلة.

وإن قالوا: إلجاء[(٥)]، أو اتهمه القاضي بالتلجئة لا يعطيه [الآن][(٦)] إذا كان ما يلجئه تصل يده إليه.

وإن كانت امرأة فقيرة، ولها زوج غني لا تعطى من الوقف؛ لأن نفقتها على زوجها، والزوج إذا كان فقيرا يعطى من الوقف، وإن كانت امرأته غنية؛ لأنه لا نفقة للزوج على المرأة، فلا يعد غنيا بغنى المرأة، وإذا كان لقرابته ولد كبير لا زمانة به، وهو فقير، ولهذا أولاد صغار فقراء، فإنه لا يعطى أولاد الولد من الوقف؛ لأني أفرض نفقتهم في مال جدهم.

وأما أبوهم وهو ولد القريب لصلبه، فله حظ في الوقف؛ لأنه لا نفقة له على أبيه؛ لأنه[(٧)] كبير لا زمانة به.

وإذا كان للرجل ابن غني وهو فقير، لا يعطى من الوقف؛ لأن نفقته على ابنه[(٨)].

ثم الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل [من][(٩)] وجبت نفقته على غيره

---

(١) في م: فقير الحال.
(٢) في أ: ولا يجعل.
(٣) في م: بتنوع.
(٤) في م: أتلف.
(٥) في م: ألجأه.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: لا.
(٨) في م: أبيه.
(٩) سقط في م.

بالإجماع يعد غنيا بغناء من[١] وجبت نفقته [على غيره بالإجماع][٢] في حق حكم الوقف، وذلك كالوالدين[٣]، والمولودين، وكل من كان في وجوب نفقته اختلاف لا يعد غنيا [بغناء من][٤] وجبت نفقته [عليه][٥] في [حق][٦] حكم الوقف، هذا هو عبارة بعض المشايخ.

وعبارة بعضهم: أن كل من وجبت نفقته في مال إنسان إما أن يأخذ ذلك من غير قضاء ولا رضاء، ويقضي القاضي بالنفقة في ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متصلة بينهما حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه يعد غنيا بغناء المنفق [في حق حكم الوقف][٧]، وذلك كالوالدين[٨]، والمولودين، والأجداد، وكل من وجبت نفقته في مال غيره بفرض [من][٩] القاضي، ولا يأخذ النفقة من ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متميزة حتى يقبل شهادة أحدهما لصاحبه، لا يعد غنيا بغناء المنفق في حق حكم الوقف، وذلك كالإخوة[١٠]، وسائر المحارم، فعلى هذا الأصل يدور [جنس هذه][١١] المسائل[١٢]، [والله أعلم][١٣].

* * *

(١) في م: يعني من حيث.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: كالولدين.
(٤) في م: يعني من حيث.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: كالولدين.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: لإخوة.
(١١) سقط في م.
(١٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ١٦٣).
(١٣) سقط في م.

الفصل الثامن[(١)]

فيما يرجع إلى الشروط في الوقف

إذا وقف أرضه، [أو شيئا آخر][(٢)]، وشرط الكل لنفسه، أو شرط البعض لنفسه ما دام حيا وبعده للفقراء، فالوقف باطل عند محمد - رحمه الله - وهلال الرأي.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: الوقف صحيح، ذكر الخلاف على هذا الوجه في مواضع كثيرة، وأبو يوسف - رحمه الله - يعتبر الابتداء والانتهاء؛ لأنه لا يجوز الوقف على جهة [يتوهم][(٣)] انقطاعها، وإذا انقطعت عادت[(٤)] الغلة إليه، فكذلك في الابتداء، يجوز أن يقدم نفسه على غيره في الغلة، وهذا لأن معنى التقرب لا يزول بهذا.

قال - عليه الصلاة والسلام -: «نفقة الرجل على نفسه صدقة»[(٥)]، وقد صح برواية زيد بن ثابت - رضي الله عنه -: «أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته»[(٦)]، وأراد به الصدقة الموقوفة، ولا يحل للواقف الأكل من الوقف إلا أن يشترط لنفسه من ذلك[(٧)].

وجه قول محمد - رحمه الله -: أن معنى التقرب في الوقف بإزالة الملك واشتراط كل الغلة، أو بعضها لنفسه، يمنع زوال الملك، فيمنع صحة الوقف، ومشايخ بلخ

---

(١) في م: السابع.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: عاد.
(٥) أخرجه أحمد (٤/ ١٣١، ١٣٢)، والبخاري في الأدب المفرد، ص (٨٢)، وابن ماجه (٣/ ٥٠٩) كتاب التجارات، باب: الحث على المكاسب، حديث (٢١٣٨)، والنسائي كما في تحفة الأشراف (٨/ ٥٠٨)، والخرائطي في مكارم الأخلاق، ص (٤٦)، برقم (٨٣).
(٦) قال الحافظ ابن حجر في الدراية حديث (٧٥٩) والمراد وقفه ولم أجده، قلت: ويمكن أن يكون المراد أنه ﷺ كان يأكل من الأرض التى قال فيها: «ما تركت بعدى فهو صدقة».
(٧) زاد في م: وله إن كان شرط لنفسه.

أخذوا بقول أبي يوسف - رحمه الله - وعليه الفتوى ترغيبا للناس في الوقف.

وذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: لو شرط لنفسه أن(١) يأكل من الغلة، يجوز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وكذلك لو شرط الغلة [لابنه فهو كاشتراطها لنفسه، ولو شرط بعض الغلة لأمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك، وسمى لكل واحدة منهن شيئا معلوما](٢) في حال حياته وبعد وفاته، فهو [جائز](٣) بلا خلاف.

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله -، فلأنه لو شرط بعض الغلة لنفسه حال حياته يجوز فهاهنا أولى.

وأما على قول محمد - رحمه الله - فمشكل؛ فإنه(٤) لا يجوز اشتراط الغلة لنفسه حال حياته، واشتراطها(٥) لأمهات أولاده حال حياته بمنزلة اشتراطها(٦) لنفسه.

والوجه في ذلك: أنه لا بد من تصحيح هذا لهن بعد وفاته؛ لأنهن يعتقن بموته، فاشتراطها لهن كاشتراطها لسائر الأجانب، فيجوز ذلك في حال حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة.

هذا كما قال أبو حنيفة - رحمه الله - في أصل الوقف إذا(٧) قال: وقفت أرضي حال حياتي وبعد وفاتي يصير لازما للحال، [وكان](٨) لزومه في الحال تبعا لما بعد الموت، وكذلك إذا سمى ذلك لمدبريه(٩)؛ لأنهم يعتقون بموته كأمهات الأولاد،

---

(١) زاد في م: كان.
(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: لأمانه.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: لأن.
(٥) في م: واشتراطه.
(٦) في م: واشتراطه.
(٧) زاد في م: كان.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: لمن يرثه.

بخلاف العبيد، والإماء على قول محمد - رحمه الله-.

وإذا وقف وقفا مؤبدا، واستثنى لنفسه أن ينفق من غلة هذا الوقف على نفسه وعياله وحشمه[(١)] ما دام حيا جاز الوقف والشرط جميعا عند أبي يوسف - رحمه الله -، وإذا انقرضوا صارت الغلة للمساكين، ولو وقف وقفا على فلان، أو على [أقربائه بأعيانهم][(٢)] جاز ما داموا أحياء، فإذا انقرضوا رجع إليه إن كان حيا، وإلى ورثته إن كان ميتا، هكذا ذكر في الأجناس.

وأشار إلى الفرق فقال: في المسألة الثانية أوجب الصدقة لهذا خاصة، فإذا مات لا ينتقل إلى غيره.

و[في][(٣)] المسألة الأولى جعلها صدقة موقوفة على الفقراء، فقد مضت [المسألة وتمت، ثم أدخل الاستثناء في الصدقة][(٤)]، ولذلك[(٥)] رجعت إلى المساكين.

وإذا وقف وقفا، وشرط لنفسه أن يأكل، ويؤكل من أحب ما دام حيا، ثم من بعده على ولده، [وولد ولده][(٦)]، ونسلهم ما تناسلوا فإذا انقرضوا فهو على المساكين، فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله -، ولم يكن ذلك وصية للولد؛ لأن الولد يأكل من مال الله تعالى.

ألا ترى أنه لو وقف على أولاده، وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء يجوز، كذا هاهنا، [ذكره في][(٧)] الأجناس.

---

(١) الحشم: هم خاصة الإنسان الذين يغضبون له من الأهل والجيرة والقرابة. ويراد بهم هنا جماعة الإنسان الذين يلوذون به لخدمته.
ينظر: القاموس المحيط، مادة (حشم)، والنهاية، لابن الأثير (١/ ٣٨٣).

(٢) في م: قرابته بأغنيائهم.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في ب: وكذلك.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وكذلك ذكر.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا وقف وقفا، وشرط لنفسه أن يأكل ما دام حيا، ثم مات وعنده [معاليق قد بقيت][١] من هذا الوقف، يرد إلى الوقف؛ لأن المستثنى هو الأكل، وقد تعذر، ولو كان عنده خبز من برّ ذلك الوقف، يكون ميراثا لورثته، ولا يرد إلى الوقف.

والفرق: أنه ليس للأوصياء أن يخبزوا ما أخرج البر، فإذا خبز، فقد فعل ما ليس له ذلك [فيملكه، فيصير ميراثا لورثته][٢]، وللأولياء أن يتخذوا المعاليق والزبيب، فقد فعل ما له ذلك، فلم يملكه، فلم يصر ميراثا لورثته، فيرد إلى الوقف.

إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولي، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: الوقف والشرط صحيحان.

وعلى قول محمد وهلال - رحمهما الله -: الشرط والوقف باطلان، وهذا بناء على ما تقدم أن التسليم إلى المتولي [ليس] بشرط لصحة الوقف عند أبي يوسف - رحمه الله-.

وعند محمد - رحمه الله: شرط.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: إذا شرط في أصل الوقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك، فتكون وقفا مكانها، فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله -، يعني الوقف والشرط، وكذلك إذا شرط أن يبيعه ويستبدل [بثمنه][٣] مكانه.

وعند محمد - رحمه الله -، وهلال - رحمه الله -: الوقف جائز، والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك، [والوقف يتم بذلك][٤]، ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه، ويبقى الاستبدال

(١) في م: تعليق قد ثبت.
(٢) في م: فملكه يصير بمنزلة الزراعة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

شرطا فاسدا، فيكون باطلا في نفسه.

وإن شرط في الوقف أن له أن يبيع ذلك، ولم يشترط الاستبدال بثمنه ما يكون وقفا مكانها[١].

قال محمد - رحمه الله -: الوقف باطل.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أن الوقف جائز، والشرط باطل، ذكره الخصاف - رحمه الله - في وقفه، وإن شرط أن يبيعه[٢]، ويستبدل بثمنه[٣] أرضا فاستبدل بثمنه دارا، أو عقارًا، ذكر الخصاف[٤] هذه المسألة في باب واحد في موضعين فقال في أوله: ليس له ذلك.

وقال في آخره: له ذلك.

ولو اشترط لنفسه أن يبيعها وأن يستبدل بثمنه، ولم يقل غير هذا، فهو باطل؛ لأنه لم يقل: ويستبدل بثمنه ما يكون وقفا مكانه، [ثم][٥] إذا جاز الوقف، وشرط البيع والاستبدال، [فإن باعه][٦] بالثمن بما يتغابن الناس فيه، فالبيع جائز، وإن باعه بما لا يتغابن الناس فيه، فالبيع باطل، وإذا جاز البيع، واشترى بثمنه[٧] أرضا أخرى، تكون وقفا على شروطها، فليس[٨] له أن يبيع الثانية إلا إذا اشترط ذلك في أصل الوقف.

وإن باع الأرض وقبض الثمن وهلك في يده، فلا ضمان، ويكون الثمن عنده

---

(١) في م: مكانه.
(٢) في م: يبيعها.
(٣) في م: بثمنها.
(٤) زاد في م: في.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: بثمنها.
(٨) في ب: وليس.
(٩) زاد في م: الأرض.

أمانة، وليس له أن يبيع(١) إلا بالدراهم في قول أبي يوسف - رحمه الله -، فإن باعها فردت عليه بعيب بعد(٢) القبض بقضاء، أو بغير قضاء، أو بإقالة، يعود وقفا كما كانت، وليس له أن يبيعها(٣) بعد الإقالة إلا أن يكون شرط(٤) ذلك في الوقف، فإن باعها واشترى بثمنها مكانها أرضا أخرى، ثم ردت عليه الأولى بعيب بقضاء، فإنه تعود وقفا على ما كانت وتكون الثانية له يصنع بها ما بدا له، فإن استحقت الأرض التي باعها من يد المشتري، فالأرض الثانية له يصنع بها ما شاء(٥)، ولا تكون وقفا، والتي(٦) استحقت كان وقفه [فيها](٧) باطلا.

وسئل شمس الأئمة محمود الأوزجندي - رحمه الله - عمن وقف على أولاده وقال لهم: إن عجزتم عن إمساكه فبيعوه قال: لو كان هذا شرطا في الوقف كان الوقف باطلا، وهذا يجب أن يكون [على](٨) قول محمد، أما على قول أبي يوسف(٩): الوقف جائز، والشرط جائز، [ولو وقف وشرط الخيار](١٠)، فعلى قول محمد - رحمه الله -: الوقف باطل.

وعلى قول أبي يوسف(١١): الوقف جائز، والشرط باطل، فمحمد - رحمه الله- يقول: [الوقف](١٢) يعتمد صحته تمام الرضا.

---

(١) في م: قبل.
(٢) في م: يبيع.
(٣) في م: اشترط.
(٤) في م: بدا له.
(٥) في م: من قبل إذ التي.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) زاد في أ: بن خالد.
(٩) سقط في م.
(١٠) زاد في أ: بن خالد.
(١١) سقط في م.
(١٢) في ب: معه.

ألا ترى أنه لا يصح مع[(١)] الكره، واشتراط الخيار يمنع تمام الرضا على ما ذكرنا من قبل هذا.

وإذا اشترط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام، فعلى قول محمد - رحمه الله -: لا يصح؛ لأن القبض عنده شرط صحة الوقف، واشتراط الخيار يمنع تمام القبض.

ألا ترى أن [في][(٢)] الصرف والسلم لا يتم القبض مع اشتراط الخيار.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في البيع، فإن قال: أبطلت الخيار، لا ينقلب الوقف جائزا عند محمد - رحمه الله - ذكره هلال في وقفه.

فإذا شرط الولاية لنفسه، ولأولاده في عزل[(٣)] القوام، والاستبدال بهم، وأخرجه من يده إلى المتولي، جاز، نص عليه في السير الكبير؛ لأن هذا الشرط لا يخل بشرط[(٤)] الواقف، ولو لم يشترط الولاية لنفسه، وأخرجه من يده.

قال محمد - رحمه الله -: الولاية للقيم، وليس للواقف أن يعزله، وكذا لو مات وله وصي، فلا ولاية لوصيه، والولاية للقيم.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: الولاية للواقف، وله أن يعزل القيم في حياته، وإذا مات الواقف بطلت ولاية القيم؛ لأن الوقف عنده صحيح بدون التسليم إلى المتولي، فإذا سلمه إلى المتولي [كان][(٥)] كالوكيل عنده، فينعزل بموته إلا إذا جعله قيما في حياته وبعد موته، فحينئذ يصير وصيا.

وعند محمد - رحمه الله -: التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف، ولا يكون المتولي بمنزلة الوكيل عنه ولا يملك عزله.

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: عز.
(٣) في م: بشرائط.
(٤) سقط في م.

في فتاوى الفضلي - رحمه الله -، وستأتي أجناس هذه المسألة بعد هذا في موضعها إن شاء الله.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - ما هو قريب من هذه المسألة وصورتها: إذا أخرج الوقف من يده، وسلمه إلى المتولي، ثم أراد إخراجه من يده؛ [لأنه][١] إن كان شرط في أصل الوقف أن له الإخراج من يد القيم، فله أن يخرج من يده؛ لأن شرط الواقف مراعى، وإن لم يشترط ذلك في أصل الوقف، فله أن يخرج من يده عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافا لمحمد - رحمه الله -؛ لما قلنا.

ذكر الخصاف في وقفه مسائل على قول أبي يوسف - رحمه الله - [فقال][٢]: إذا كتب في صك الوقف: لا يباع، ولا يوهب، ولا يملك، ثم قال: وعلى أن لفلان بيع ذلك، والاستبدال بقيمته ما يكون وقفا، فله أن يبيع ويستبدل؛ لأن العبرة للآخر، والأخير ناسخ للأول، وإن قال في أول الكتاب: على أن لفلان بيع ذلك والاستبدال به، ثم قال في آخر الكتاب: وعلى أنه ليس لفلان بيع ذلك، فليس له أن يبيعه.

ألا ترى أن رجلا لو اشترى دارا بمائة دينار، وكتب في أول الشراء الخيار، وفي آخره [أنه][٣] لا خيار لفلان فيما اشترى مما سمى ووصف في هذا الكتاب، أن الشراء جائز، وقد أبطل الخيار.

وإذا شرط الواقف[٤] أن يبيعه، وأن يجعل ثمنها في وقف أفضل منه جاز الشرط، والوقف عند أبي يوسف - رحمه الله -، وله أن يبيعه.

وذكر الأنصاري في وقفه: أنه لا يبيع إلا بإذن الحاكم.

قال الأنصاري: وينبغي للحاكم إذا رفع إليه ولا منفعة في الوقف أن يأذن له في

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: في الوقف.

البيع إذا رآه أحوط لأهل الوقف، فإن باعها واشترى بثمنها أرضا كان وقفا، وليس له أن يبيع الأرض الثانية [إلا][١] أن يشترط ذلك [ولو شرط][٢] في أصل الوقف أن يبيع الوقف، ويجعل ثمنه للمساكين لم يجز هذا الشرط، ذكره الأنصاري في وقفه.

وذكر الخصاف في وقفه: لو شرط أن يبيعها ويصرف ثمنها إلى ما رأى من أبواب الخير فالوقف باطل، وإن شرط في أصل الوقف [أن يبيعه، ولم يبعه، لا يجوز لمن وليه بعده أن يبيعه.

في وقف الأنصاري أيضا: إذا وقف ضيعة على][٣] أن يبيعها ويصرف[٤] ثمنها إلى حاجته [فالوقف][٥] جائز، والشرط باطل.

وعن أبي القاسم: يجوز[٦].

وقال أبو بكر الإسكاف - رحمه الله -: الوقف باطل.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: وهو المختار؛ لأنه ينعدم به التأبيد.

وفي سير[٧] العيون: حبس فرسا[٨] في سبيل الله تعالى عشر سنين، ثم هي مردودة على صاحبها، فهو باطل، وعن يوسف بن خالد السمتي - أستاذ[٩] هلال - أن الوقف جائز، والشرط باطل، وكذا في الوقف على شرط أن يبيعه، كما قال أبو القاسم، وأبو نصر.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا جعل فرسه للسبيل على أن يمسكه ما دام حيا، إن أراد

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: ويفرق.
(٥) في م: الوقف.
(٦) في م: نحوه.
(٧) في م: السير.
(٨) في م: قريشا.
(٩) في م: أشار.

الإمساك ليجاهد عليه هذا، له ذلك؛ لأنه لو [لم يشترط كان له ذلك، و][1] لجاعل السبيل إمساكه ليجاهد، وإن أراد الإمساك؛ لينتفع به [في][2] غير الجهاد، لم يكن له ذلك، وصح جعله للسبيل، وإذا شرط في وقفه أنه ليس لوالي هذه الصدقة أن يؤاجر هذا الوقف، ولا شيئا منه، فإن أجرها واليها واحدا[3] ممن يصير ولايتها إليه، فالإجارة باطلة، وهو خارج [عن ولاية][4] هذه الصدقة.

[قال الخصاف - رحمه الله -: هو على ما شرط من ذلك، وكذلك لو شرط ألا يدفعه معاملة، فإن فعل ذلك أحد من ولاة هذه الصدقة، فهو خارج من ولاية هذه الصدقة][5]، وولاية هذه الصدقة لفلان، فهو جائز على ما شرط.

وإن شرط أن من تعرض من [أهل هذه الصدقة، وولاية هذه الصدقة لفلان، فهو جائز على ما شرط، وإن شرط أن من تعرض من][6] أهل هذه الصدقة إليها في إبطال هذه الصدقة [فهو خارج عن هذه الصدقة][7]، أو لم يقل: في إبطال هذه الصدقة، فهو خارج عن هذه الصدقة، فهو على ما شرط الواقف، [وكذلك لو شرط أن من باع فلانا، وطالبه بحصته من غلة هذه الصدقة، فهو على ما شرط الواقف][8].

[والله أعلم][9].

* * *

(١) في م: شرط ذلك له ذلك لأن.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أو أخذ.
(٤) في م: من ولايته.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.

الفصل التاسع[١]
في الإقرار بالوقف

رجل في يده أرض أقر في صحته أنها صدقة موقوفة، ولم يزد على ذلك، جاز إقراره، وهي وقف، ويجب أن يعلم أن من كان في يده أرض إذا قال: هذه الأرض وقف، كان هذا منه إقرارا بالوقف، ولا يكون ابتداء وقف حتى يشترط له شرائط الوقف.

وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، كان هذا ابتداء وقف حتى يراعى فيه شرائط الوقف[٢]، وهذا لأن قوله: أرضي هذه [موقوفة، دعوى][٣] الأرض لنفسه وإنه [من تصرف][٤] الملاك واليد[٥] عند تصرف الملاك دليل الملك، وإذا ثبت الملك

(١) في م: الثامن.
(٢) في م: الواقف.
(٣) في م: صدقة ونوى.
(٤) في م: ينصرف.
(٥) بالنظر إلى معاني اليد في المعاجم اللغوية، نجد أن اليد تطلق على معان متعددة تعود على وجه الإجمال إلى معنيين:
أولًا: المعنى الحقيقي: ذكر الفيروزآبادي أن الْيَد أصلها يَدِي، ويجمع على أَيْدٍ ويُدَيٌّ، وجمع الجمع أَيَادٍ، والْيَدَى كالفتى، وهي الكف، أو هي من أطراف الأصابع الى الكتف، أو هي من أطراف الأصابع إلى الكف. وفي المعجم الوسيط يذكر أنها من أعضاء الجسد، وهي من المنكب الى أطراف الأصابع. وإن كان ثمة خلاف بين أهل اللغة في حدود اليد، فإنهم اتفقوا على أن المعنى الحقيقي من اليد هي الجارحة المعروفة. وقد جاء القرآن الكريم بهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].
المعنى المجازي: والمعاني التي تدخل ضمن هذا المعنى هي: الكفالة، والرهن، والملك، والجماعة، والانقياد، والاستسلام، يقال: هذه يدي لك، وأعطى بيده، أي: استسلم وخضع. وكذلك الجاه، والوقار، والحجر على من يستحقه، ومنع الظلم. أو هي القوة والقدرة، ومنه بمعنى قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّمَآءَ بَنَيْنَٰهَا بِأَيْيْدٍ وَإِنَّا لَمُوسِعُونَ﴾ [سورة الذاريات آية: ٤٧] أي: والسماء رفعناها سقفًا بقوة. وورد بمعنى الذلة والاستسلام كما جاء في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [سورة التوبة آية: ٢٩] أو هي النعمة والإحسان تصطنعه، يقال: فلان طويل اليد، أي: سخي جواد. ويمكن الجمع بين هذه المعاني: أن معنى اليد في اللغة يدور بين الجارحة المعروفة، وبين =

. . . .

= معاني القدرة، والنعمة، والإحسان، والسلطان، والملك، والتصرف، وغيره، على اعتبار أن اليد هي أداة تحقق هذه المعاني.

ينظر: القاموس المحيط (٤/ ٤٠٨)، ولسان العرب (١٥/ ٤٣٧)، المعجم الوجيز (٢/ ١١٠٦)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٥/ ١٣٧٧).

ذكر الفقهاء هذا المصطلح في تعبيراتهم المختلفة واستعملوه في مواضع مختلفة من أبواب الفقه الإسلامي، وأهمها باب الدعوى، والبينات. ونستخلص منها أن للفقهاء رأيين في هذه المسألة:

الرأي الأول: الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، يستعملون تعبير اليد ويقصدون به وضعها على مال الغير مطلقًا، وبمعنى آخر: استيلاؤها على مال الغير بصفة دائمة، أو مؤقتة على سبيل الأمانة، أو على جهة التعدي، بإذن المالك، أو بغير إذنه، وسواء أكان بنية التملك، أم لا. ونعرض فيما يلي نصوص الفقهاء لكل مذهب على وجه التفصيل:

في المذهب الحنفي: ورد في بدائع الصنائع: «أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئًا أمانة في يده بمنزلة الوديعة». وقال صاحب الجوهرة النيرة: «إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب من ضمان العين وهي قائمة في يده، فعند من قال: الواجب القيمة، تصح البراءة ويسقط ضمان العين». وورد في مجمع الضمانات: «رجل أودع عند إنسان ألف درهم، ثم إن صاحب الوديعة أقرض الوديعة من الذي في يده، قال أبو حنيفة: لا يخرج الألف من الوديعة حتى تصير في يد المستودع، حتى لو هلكت قبل أن تصل يده إليها لا يضمن، وكذلك كل ما كان أصله أمانة، وكذا لو قال المودع لصاحبها: ائذن لي أن أشتري الوديعة شيئًا وأبيع؛ لأنه مؤتمن». يتبين من هذه النصوص: أن فقهاء المذهب الحنفي قد استعملوا تعبير اليد، وأرادوا به مطلق وضع اليد، سواء كان على سبيل الملك، أو على سبيل الإنابة، وسواء كانت اليد يد حفظ أو يد خصومة، وسواء كانت دائمة أومؤقتة، إلا أنهم يشترطون في يد الملك الحقيقي أن ينضم إليها التصرف.

المذهب الشافعي: وأما فقهاء الشافعية فقد استعملوا أيضًا تعبير اليد، وأرادوا به مطلق وضع اليد، سواء كانت اليد يد ملك، أو يد عارضة، ومن نصوص فقهائهم التي تدل على ذلك: ورد في حاشية الباجوري: «فإن كان لكل منهما بينة، رجحت بينة صاحب اليد - ويسمى الداخل - على بينة الآخر ويسمى الخارج». وجاء في مغني المحتاج: «أنه لو ثبت خيانة عامل ضم إليه مشرف إلى أن يتم العمل، ولا تزال يده؛ لأن العمل حق عليه، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق، فتعين سلوكه جمعًا بين الحقين، وأجرة المشرف عليه». وجاء في حاشية الجمل: «يد الوكيل يد أمانة، والأمين لا يضمن مع انتفاء العلم، كما يأتي في الغصب». وورد في أسنى المطالب: «الوديعة كل ما تثبت عليه اليد الحافظة». يتبين من هذا: أن فقهاء الشافعية قد استعملوا تعبير اليد للدلالة على تعبير اليد مطلقًا، أي: على سبيل الملك، أو على سبيل الإنابة عن المالك الأصلي، كالوكالة، والمضاربة والوديعة، أو على سبيل الانتفاع المؤقت كالإجارة، =

....

=

كذلك استعملوا تعبير اليد كمعيار للتمييز بين المدعي والمدعى عليه في مقام الدعوى.

المذهب الحنبلي: قال الإمام ابن قدامة: «وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرًا تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة». وقال في موضع آخر: «مسألة؛ قال: وإذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه، فسألاه أن يقسمه بينهما، قسمه، وأثبت في القضية بذلك، أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما.. ولنا، أن اليد تدل على الملك، ولا منازع لهم، فيثبت لهم من طريق الظاهر». وقال الرحيباني: «أنه من أعطى صانعًا ما يصنعه، أو استعمل حمالًا ونحوه، ويتجه أن يكون من معد نفسه لذلك، فله أجر مثله، ولو لم تجر عادته بأخذ؛ لأنه عمل له بإذنه ما لمثله أجرة، ولم يتبرع؛ كما لو وضع إنسان يده على ملك غيره بإذنه، ولا دلالة على تمليكه إياه، أو إذنه في إتلافه؛ لأن الأصل في قبض مال غيره، أو منفعته الضمان». وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وحرم بيع مصحف، ولا يصح بيعه لكافر، وإن ملكه بإرث أو غيره ألزم بإزالة يده عنه، ولا يكره شراؤه استنقاذًا وإبداله لمسلم، ويجوز نسخه بأجرة». يتبين من هذه النصوص: أن فقهاء الحنابلة استعملوا تعبير اليد، وأرادوا به مطلق وضعها على الشيء، سواء بقصد تملكه أم لا، وسواء كان الوضع من المالك أم من الغير، وسواء كان بحق أم بغير حق.

المذهب الظاهري: كما يستعمل فقهاء الظاهرية تعبير اليد للدلالة على وضع اليد الشامل للحيازة المقرون بادعاء الملك، وعلى وضع اليد بصفة عارضة. ومن النصوص التي تؤكد ذلك: ذكر ابن حزم: «العارية غير مضمونة إن تلفت من غير تعدي المستعير.. والأداء غير الضمان في اللغة والحكم، ويلزمهم إذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يضمنوا بذلك المرهون والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد». كما ورد في المحلى: «من طريق ابن أبي شيبة نا وكيع نا سفيان الثوري عن مطرف بن طريف عن الشعبي قال: لا يضمن القصار إلا ما جنت يده». وقال في موضع آخر: «وذهب بعض المتقدمين، منهم: عطاء، وشريح، إلى أنه لا يبرأ أحد وإن باع بالبراءة، إلا من عيب بينه ووضع يده عليه».

الرأي الثاني: وهو لبعض فقهاء المالكية فيستعملون تعبير اليد، ويعنون به وضع اليد على مال الغير، إلا أنهم يفرقون بين وضع اليد على سبيل الأمانة، أو على سبيل التعدي بصفة عارضة أو مؤقتة، كيد المستعير والمستأجر ونحوهما، وبين وضع اليد على مال الغير بقصد تملكه، أو ادعاء ملكه، حيث يعبرون في بعض كتبهم عن الثانية بالحيازة، فكأنهم يرون أنه إذا انضم إلى وضع اليد ادعاء الملك أو نية التملك، فتكون بصدد حيازة، وليس بصدد مطلق وضع اليد. قال القرافي: «اعلم أن اليد إنما تكون مرجحة إذا جهل أصلها، أو علم أصلها بحق، أما إذا شهدت بينة، أو علمنا نحن ذلك أنها بغصب، أو عارية، أو غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ذلك، فإنها لا تكون مرجحة البتة». وذكر الباجي: «ووجه آخر، أن على العامل بيع ذلك العرض وتحصيل ثمنه، فإذا باعه منه بثمن إلى أجل، قويت التهمة في أنه يعطيه الثمن المؤجل فيما بقي بيده من رأس مال القراض، وفي عمله، ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان». هذا، ولقد عبر بعض فقهاء المذهب المالكي عن وضع اليد بالحيازة، إذ

=

كان قوله: صدقة موقوفة ابتداء الوقف، ولا كذلك قوله: هذه الأرض صدقة موقوفة؛ ألا ترى أن من قال لعبد هو في يده: عبدي هذا حر، كان ابتداء إعتاق، ولو قال: هذا العبد حر، كان إقرارًا بالعتق، كذا هاهنا.

قال هلال البصري في وقفه: ولا أجعل المقر [هو الواقف له، ولا غيره][1]، وهكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه؛ لأن قوله: هذه الأرض صدقة موقوفة، يتعرض لأصل الوقف، ولا[2] يتعرض للواقف، وكما يجوز أن [يكون هو الواقف][3]، يجوز أن يكون الواقف غيره، فحكمنا بأصل الوقف؛ لأنه لا احتمال

= يقول: «والحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه». وذكر الخرشي: «لفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب، كشاهد بملكك لثان بغصبك، وجعلت ذا يد لا مالكًا، إلا أن تحلف مع شاهد الملك ويمين القضاء». وهكذا يتبين لنا بعد هذا العرض لاستعمالات الفقهاء تعبير اليد: أن الفقهاء اختلفوا في استعمال تعبير اليد، حيث إن الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية تعبير اليد ويقصدون به وضعها على مال الغير مطلقًا. بينما استعمل بعض فقهاء المالكية تعبير اليد، ويعنون به وضع اليد على مال الغير، إلا أنهم يفرقون بين وضع اليد على سبيل الأمانة، أو على سبيل التعدي بصفة عارضة، أو مؤقتة كيد المستعير والمستأجر ونحوهما، وبين وضع اليد على مال الغير بقصد تملكه، أو ادعاء ملكه، حيث يعبرون في بعض كتبهم عن الثانية بالحيازة.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٢٠)، ومجمع الأنهر (١/ ٧١٥)، الجوهرة النيرة (١/ ٣٤١)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ١٧٩)، مجمع الضمانات، ص (٢٠٩)، وتبيين الحقائق (٥/ ٨٢)، الفروق، للقرافي (٤/ ٧٨)، المنتقى شرح الموطأ للباجي الأندلسي (٥/ ١٥٣)، بلغة السالك للصاوي (٢/ ٣٥٠)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٦/ ١٤٨)، مغني المحتاج (٣/ ٤٣٦)، والأم، للشافعي (٣/ ١٥٥)، فتح الوهاب (٣/ ٤٠٤)، ونهاية المحتاج (٥/ ٢)، أسنى المطالب (٣/ ٧٥)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٢٧)، المغني، لابن قدامة (١٠/ ٢٤٥)، مطالب أولي النهى (٣/ ٥٩٦)، دقائق أولي النهى (٢/ ٨)، المحلى، لابن حزم (٨/ ١٣٨)، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد للهادي السعيد عرفة، ص (٦)، ويد الأمانة ومدى مسؤولية صاحبها، للدسوقي لعبد العليم الشيخ، ص (١٠) وما بعدها.

(١) في م: هذا الوقف لهؤلاء لا بغيره.

(٢) في م: ما لا.

(٣) في م: يقول هذا القول.

فيه، ولم يحكم بكونه واقفا، ولا يكون غيره واقفا؛ لمكان[١] الاحتمال.

قال هلال: إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر، فيجعل [المقر][٢] هو الواقف، وهو كرجل في يديه عبد أقر أنه حر، وشهد الشهود أن العبد كان له حين أقر بهذا الإقرار، جعلت [الولاء له][٣]، وإن لم يشهدوا بذلك جعلت العبد حرا بإقراره، ولم أحكم له في الولاء بشيء.

وذكر الأنصاري في وقفه: إذا قال: هذه الأرض التي في يدي صدقة موقوفة، تكون صدقة موقوفة، ويجعل كأنه هو الذي وقفها؛ ألا ترى أنه لو قال لعبد هو في يده[٤]: إنه حر كان ولاؤه للمقر، وجنايته على عاقلته.

قال الشيخ أبو العباس الناطفي - رحمه الله -: فعلى هذا القياس إذا شهد الشهود أن الأرض[٥] التي في يديه[٦] هي وقف على الفقراء، ولم يذكروا من وقفها ينبغي [للحاكم][٧] أن يحكم بأنها وقف من الذي هي في يديه[٨]، وأنه هو الواقف.

قال بعض مشايخنا[٩]: قول هلال: «إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر فيجعل [المقر][١٠] هو الواقف» مشكل؛ وهذا لأن الشهادة[١١] لا تقبل إلا بعد خصومة صحيحة، وعلى من تصح [الخصومة هاهنا حتى يشهد الشهود أنها كانت في ملكه يوم الإقرار، والجواب: يحتمل أن الخصومة وقعت بعد

(١) في م: لما كان.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: الولاية.
(٤) في م: يديه.
(٥) في م: الأراضي.
(٦) في م: يده.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: يده.
(٩) في م: المشايخ.
(١٠) سقط في م.
(١١) في م: المشاهد.

وفاته، بأن كان قرابته فقراء، فيقيمون البينة][١] حتى يثبت أنه هو الواقف فيكون [صرف][٢] الغلة إليهم أولى، أو يحتمل أنه[٣] في حال حياته، يغلب عليها غيره، ويزعم أنه هو الواقف، فيحتاج المقر إلى أن يقيم البينة: أنه [هو الواقف حتى ينزعها من يده، وأن الولاية له حتى يقسم الغلة بين الفقراء؛ ولأن يد المقر محقة ظاهرا إن كان هو الواقف كانت يده محقة][٤]، وإن كان الواقف غيره، فكذلك؛ لأنا نجعل كأن ذلك الغير ولاه أمرها، فإن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد، وإذا كانت[٥] يده محقة من حيث الظاهر لا يجوز إبطالها عليه إلا بحجة، وإذا أقر بالوقف، وسكت عن ذكر الموقوف عليه، ثم ذكر بعد أن الموقوف عليه فلان وفلان، فالقياس ألا يقبل قوله الثاني؛ لأن بالكلام الأول صارت الغلة حقا للفقراء، فلا يصدق في صرفها إلى غيرهم.

وفي الاستحسان[٦] يقبل؛ لأن العادة جرت بذكر الأوقاف دون الموقوف عليهم إلا عند الاستفسار عن الموقوف عليه، ولو أقر أنها صدقة موقوفة على وجه، سماه[٧]، ثم بين بعد ذلك وجها آخر، لا يقبل قوله الثاني قياسًا، واستحسانا، ويكون على ما بين؛ لأن في الوجه الأول: الحاجة إلى البيان ماسة، فيقبل قوله في البيان عند مساس الحاجة إليه.

[وفي الوجه الثاني: لا حاجة إلى البيان؛ لأنه إنما يعتبر عند مساس الحاجة إليه][٨].

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: أن.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: كان في.
(٦) في م: الاستحقاق.
(٧) في م: سماها.
(٨) سقط في م.

أرض[١] في يدي رجل قال صاحب اليد: هذه الأرض ولايتها للقاضي فلان، وهي صدقة موقوفة، لم يصح إقراره؛ لأنه لما قال: ولايتها للقاضي فلان، فقد أقر باليد، وبحق التصرف لذلك القاضي ثم ادعى الانتقال، فلا يثبت ذلك إلا بحجة، ولكن إن كان من الوقوف العتيقة يتلوم القاضي بذلك زمانا، فإن صح أمرها، وإلا جوز إقراره، وألزمه قسمة الغلة على نحو ما أقر.

قال هلال: أستحسن ذلك حتى لا يؤدي إلى إبطال الوقوف العتيقة[٢].

ولو قال: هذه الأرض ولاها القاضي والدي، ثم توفي والدي، وأوصى إلي، وهي صدقة موقوفة على كذا وكذا، لا يقبل قوله، وكذلك لو قال: هذه الأرض كانت في يد والدي، أو قال: كانت في يد فلان، وقد أوصى إلي، وكانت في يد فلان آخر، قبل ذلك، وقد أوصى بها لفلان[٣] الذي أوصى بها إلي، لا يقبل قوله، ويؤمر بالتسليم إلى وارث فلان الذي أقر أنها كانت في يده، وأوصى إلى الذي أوصى إلي؛ لأنه أقر له باليد، ثم شهد عليه بزوال اليد.

قال الخصاف - رحمه الله - في وقفه: رجل في يده أرض، أو دار، وادعى[٤] رجل عند القاضي أنها له، والذي في يديه يقول: هذه الأرض وقف وقفها رجل حر من المسلمين على المساكين، ودفعها إلي، فإن القاضي يجعل الأرض وقفا على ما أقر به، ولكن لا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بذلك، حتى إن المدعي لو قال للقاضي: حلفه ما هذه الأرض لي، فإن القاضي يحلفه، فإن نكل عن اليمين، أو أقر بها لهذا الرجل، فالقاضي يضمنه قيمة الأرض ولا يبطل ما قضى به من الوقف.

وإن كان الذي في يديه الدار قال: هذه الدار وقف وقفها رجل حر من المسلمين على فلان وفلان وعلى أولادهم ونسلهم أبدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين،

---

(١) في م: أرضي.
(٢) في م: العتق.
(٣) في م: إلى فلان.
(٤) في م: ادعاها.

وقال هؤلاء الذين أقر المقر أنها وقف عليهم: إن هذه الدار لهذا المدعي، وأنها[١] لم تكن للذي وقفها علينا، قبل قولهم على أنفسهم في غلة الدار، فتكون غلتها للمدعي إن لم يكن لهم أولاد أولاد، وإذا مات هؤلاء المسمون كانت الغلة للمساكين، ولو أن الذي في يديه الدار بعدما أقر أنها وقف على فلان، وفلان، [وفلان][٢]، وأولادهم، ومن بعدهم على المساكين، أقر أن الدار [وقف][٣] للمدعي، ثم إن هؤلاء المسمين حضروا، وكذبوا صاحب اليد في إقراره بالدار[٤] للمدعي.

وقالوا: هذه الدار وقف علينا، فهم الخصماء للمدعي فيما يدعي، وإن أقام المدعي بينة على ملكية[٥] الدار قضي بالدار له، ويبطل إقرار الذي كانت الدار في يده بأنها[٦] وقف، وإن لم يكن له بينة على ما [ادعاه كان له أن يستحلف هؤلاء][٧] المسمين على دعواهم، وإن أقروا بالدار للمدعي، أو نكلوا عن اليمين كان إقرارهم جائزا على أنفسهم دون أولادهم، وأولاد أولادهم، والمساكين، وكذا لا يجوز إقرارهم على الرقبة.

في فتاوى الفضلي: سئل عمن أقر بوقف صحيح، وأنه أخرجه من يده، ووارثه يعلم أنه لم يكن أخرجه من يده، فإقراره[٨] على نفسه جائز، والوقف صحيح.

رجل في يديه[٩] دار أقر للذي في يديه[١٠] الدار أن هذه الدار وقف وقفها رجل

---

(١) في م: وإنما.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: أن الدار.
(٥) في م: ملكه.
(٦) في م: أنها.
(٧) في م: ادعى كان استحلف هذه.
(٨) في م: قال إقراره.
(٩) في م: يده.
(١٠) في م: يده.

من المسلمين في أبواب البر، وعلى المساكين، ودفعها إليه، وولاه[١] القيام بها، ثم جاء رجل، وقدم صاحب اليد إلى القاضي.

وقال: أنا وقفت هذا الوقف على هذه الوجوه، والسبل[٢]، ودفعته إلى هذا ووليته القيام بأمرها، وأراد أن يقبضها من يد الذي هي في يديه، ينظر: إن كان الذي هي في [يده، صدق][٣] أنه هو الذي وقفها، فله أن يقبضها منه، وإن كان هذا الرجل الذي جاء قال: أنا مالك هذه الأرض، وما وقفتها، وإنما دفعتها إليه وديعة، وصاحب اليد يقول: إنها كانت له إلا أنه وقفها على هذه الوجوه التي ذكرتها، فإن القاضي لا يقبل قول صاحب اليد أن هذه الدار، وهذه الأرض لهذا المدعي؛ لأنه لو قبل قوله صار ملكا لهذا الرجل، فيبطل الوقف فيها.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: رجل مات وترك ابنين في يد أحدهما ضيعة يدعي أنها وقف عليه من أبيه، والابن الآخر يقول: هي وقف علينا، كان القول قوله، وهي وقف عليهما، وهو المختار؛ لأنهما تصادقا على أنها كانت في يد أبيهما، فلا ينفرد أحدهما باستحقاقها إلا بحجة. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) في م: ووالاه.
(٢) في م: والنسل.
(٣) في م: يديه صدقه.

الفصل العاشر[(١)]

في اعتبار الصفة التي شرط الواقف في الموقوف عليه

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا وقف الرجل وقفا على أمهات أولاده إلا من يتزوج فإنه لا شيء لها، فتزوجت واحدة منهن، فلا شيء [لها][(٢)]، فإن طلقها زوجها بعد ذلك فلا شيء لها أيضا؛ لأنه استثنى من يتزوج منهن، إلا إذا شرط أن من تزوجت، وطلقها زوجها فلها أيضا؛ لأنه استثنى من هذا المستثنى [من طلقها زوجها، والاستثناء من][(٣)] النفي إثبات، وكذلك لو وقف على بني[(٤)] فلان إلا من خرج من هذه البلدة، فخرج بعضهم، ثم عاد، فهو على هذين الوجهين [أيضًا، وكذلك لو وقف على بني فلان ممن يتعلم العلم، فترك بعضهم، ثم اشتغل، فهو على هذين الوجهين][(٥)].

وفيه أيضا: رجل وقف أرضه على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم، فسكن فيها إنسان، ولكن لا يثبت ثمة، ويشتغل بالحراسة، فله الوظيفة إذا كان يأوي [إلى][(٦)] بيت من بيوته، وله آلة السكنى ثمة؛ لأنه يعد ساكنا في ذلك الموضع، ولو اشتغل بالحراسة في الليل، [وبالنهار يقصر][(٧)] في التعليم، إن اشتغل في النهار بعمل حتى لا يعد من جملة طلبة العلم فلا وظيفة له، وإن لم يشتغل بعمل آخر حتى يعد من جملة طلبة العلم، فله الوظيفة، هذا إذا وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم.

فأما إذا وقف على ساكني مدرسة كذا، ولم يقل: من طلبة العلم، فكذلك

---

(١) في م: التاسع.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: ابن.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: والنهار.

الجواب أيضا؛ لأنه هو المتفاهم حتى لم يكن لساكني المدرسة[١] من غير طلبة العلم شيء.

وفيه أيضا: المتعلم إذا كان لا يختلف إلى الفقهاء فهو على وجهين، إما أن يكون[٢] في المصر، أو خرج من المصر، فإن كان في المصر، إن اشتغل بكتابة شيء من الفقه لنفسه مما يحتاج إليه، فلا بأس بأن يأخذ [الوظيفة][٣]؛ لأنه مشتغل بالتعلم؛ لأن هذا من جملة التعلم، وإن اشتغل بشيء آخر لا يأخذ الوظيفة، وإن خرج من المصر، فإن خرج إلى[٤] مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لا يأخذ الوظيفة؛ لما[٥] مضى، وإن خرج إلى بعض القرى دون مسيرة ثلاثة أيام، إن أقام ثمة خمسة عشر يوما فصاعدا لا يأخذ؛ لما مضى؛ لأن هذه مدة طويلة، وإن أقام دون ذلك إن كان خروجا لا بد له منه كالخروج لطلبه[٦] القوت فله أن يأخذ، وإن كان خروجا [له][٧] منه بد فإنه لا يأخذ [الوظيفة][٨]، ولا يأخذ بيته [إذا كان][٩] غيبته قدر شهرين أو ثلاثة، فإن زاد على ذلك جاز لغيره أن يأخذ بيته.

في فتاوى الفضلي - رحمه الله -: امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة، ثم استغنت قبل حدوث الغلة، فعليها أن ترد[١٠]، وإن استغنت بعد حدوث الغلة، لا ترد، وإن كان ذلك قبل الإدراك؛ لأن[١١] الحق إنما يثبت عند

---

(١) في م: مدرسة كذا.
(٢) في م: كان.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: من.
(٥) في م: ما.
(٦) في م: لطلب.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: إن كانت.
(١٠) في م: تردها.
(١١) في م: لا و.

حدوث الغلة.

في فتاوى أهل سمرقند: إذا وقف على أقاربه المقيمين في قرية كذا، وجعل آخره للفقراء، وانتقل أقاربه من تلك القرية إلى قرية أخرى، أو انتقل بعضهم، فإن كانوا يحصون لا تنقطع وظيفتهم بالانتقال؛ لأنهم يستحقون بأعيانهم، فصار كما لو قال: لهذا الشاب، وعينه[(١)]، وإن كانوا لا يحصون تنقطع وظيفتهم بالانتقال، فبعد ذلك إن انتقل[(٢)] الكل فالغلة للفقراء، وإن انتقل البعض فالغلة لمن [لم][(٣)] ينتقل، ولو أنهم رجعوا إلى القرية مقيمين تعود وظائفهم؛ لأنه أثبت الحق للمقيمين من أقاربه مطلقا، وهؤلاء بهذه الصفة، وكذلك إذا وقف على أقاربه[(٤)] في قرية كذا، ولم [يقل][(٥)]: المقيمين، وجعل آخره للفقراء فتحول بعضهم، إن كانوا يحصون لا ينقطع، وإن كانوا[(٦)] لا يحصون تنقطع وظيفة من تحول، وتكون الغلة لمن [لم][(٧)] يتحول، فإن تحولوا فالغلة للفقراء.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم في يوم لا درس فيه أرجو أن يكون جائزا.

وسئل الفقيه أبو بكر عن الوقف على العلوية الساكنين[(٨)] ببلخ، قال: من غاب منهم، ولم يبع مسكنه، ولم يتخذ مسكنا آخر، فهو من سكان بلخ، ولم تبطل وظيفته ولا وقفه. [والله أعلم][(٩)].

---

(١) في م: فشاخ.
(٢) في م: ينتقل.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: أقربائه.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: كان.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: المساكن.
(٩) سقط في م.

الفصل [الحادي عشر](١)

في استحقاق الوقف بحكم فساد البيع، وغيره وفي المشترِي يحدث بالمشترَى(٢) عيبا بعدما وقفه

إذا اشترى أرضًا شراء فاسدًا، وقبضها، ووقفها على الفقراء، والمساكين، فهو جائز على ما وقفها عليه، وإن جاء [البائع](٣)، وخاصم المشتري في ذلك، فللبائع على المشتري قيمتها يوم قبضها، ولا يرد الوقف، [ولو] وقفها قبل أن يقبضها لا يجوز، قال: ألا ترى أنه لو باعها قبل القبض لا يجوز، ولو باعها بعد القبض يجوز، أشار إلى أن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، ويفيده بعد القبض، فقبل القبض الوقف لم يصادف ملك المشتري، وبعد القبض صادف ملكه، ثم(٤) إذا وقفها بعد القبض، وخاصم البائع المشتري في ذلك، ذكر: أن المشتري يضمن قيمتها للبائع يوم القبض؛ لأنه أتلفها بالوقف؛ ألا ترى أن المشتري لو باعها، أو وهبها ضمن قيمتها للبائع، فكذا إذا وقفها، ولا ينتقض الوقف كما لا ينتقض البيع إذا باعها المشتري من رجل؛ لأنه تصرف بتسليط البائع.

ولو اشترى أرضا شراء فاسدا فقبضها، واتخذها مسجدا، وصلى فيه الناس.

ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه: أنه مسجد، وعلى المشتري قيمتها ولا ترد إلى البائع.

قال هلال: هذا قول أصحابنا - رحمهم الله - في المسجد، والوقف على قياسه.

وذكر في كتاب الشفعة: إذا اشترى أرضا شراء فاسدا، واتخذها مسجدا، أو بنى فيها بناء أنه يضمن قيمتها عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويصير مستهلكا بالبناء.

---

(١) في م: العاشر.
(٢) في م: في المشتري.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: فتم.

وعندهما: ينتقض البناء، وترد الأرض على البائع، فاشتراط البناء على رواية[١] الشفعة دليلا على أنه إذا لم يبن[٢] لا يصير مسجدا بمجرد اتخاذه مسجدا بلا خلاف، وعدم اشتراط البناء في رواية هلال [يدل][٣] على أنه يصير مسجدا [بمجرد اتخاذه مسجدا بلا خلاف، وعدم اشتراط البناء في رواية هلال يدل على أنه يصير مسجدا][٤] بدون البناء بلا خلاف.

قال الحاكم الشهيد[٥]: رواية محمد - رحمه الله - في كتاب الشفعة أصح من رواية هلال.

ووجه ذلك: أن المسجد ما يكون لله تعالى خالصا، وينقطع[٦] عنه حق العباد، وهاهنا حق البائع باق قبل البناء فلا يصير مسجدًا.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: ولقائل أن يقول: في الوقف روايتان أيضا [في][٧] أنه هل [يصير وقفا قبل البناء كما في المسجد؟، ولقائل أن يقول][٨]: يصير وقفا على الروايتين قبل البناء، ويفرق هذا القائل بين الوقف، وبين المسجد على رواية كتاب الشفعة.

ووجه الفرق: إيجاب حق العباد، فصار نظير البيع والهبة، [«ثم][٩] قيام حق البائع لا يمنع نفاذ البيع، والهبة» حتى إن المشتري شراء فاسدا إذا وهب أو باع، يجوز ولا ينقض[١٠] بعد ذلك فكذلك الوقف، وأما المسجد ما يكون لله تعالى

---

(١) في م: الرواية.
(٢) في م: يبين.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: في.
(٦) في م: ويقطع.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: ينتقض.

خالصا، وقيام حق البائع يمنع الخلوص لله تعالى.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: ولقائل أن يفرق بين الوقف على الفقراء، وبين الوقف على قوم بأعيانهم، ويقول: إذا وقف على الفقراء فصيرورتها وقفا على[1] البناء على روايتين، وإذا وقف على قوم بأعيانهم يصير وقفا قبل البناء باتفاق الروايات، لأن الوقف على الفقراء يطلب منه وجه الله تعالى لا إيجاب الحق للعباد فأشبه المسجد، بخلاف الوقف على قوم بأعيانهم؛ لأنه إيجاب الحق للمقيمين فأشبه البيع والهبة.

ولو اشترى أرضا شراء صحيحا، وقبضها، ووقفها على الفقراء، ثم [وجد بها عيبا لا يردها، ولكن يرجع بنقصان العيب، بخلاف ما إذا اشترى أرضا، واتخذها مسجدا، ثم وجد بها عيبا لا يردها، ولكن][2] يرجع بنقصان العيب، وجعل المسجد نظير البيع، والوقف نظير العتق، وإذا رجع بنقصان العيب كان النقصان له يصنع [به][3] ما شاء؛ لأنه ليس ببدل عن الوقف؛ لأن الثابت بالعيب لم يدخل تحت الوقف فيسلم [له][4]، ولو اشترى من آخر أرضا بعرض، وتقابضا، فوقف مشتري الأرض الأرض، ثم استحق الأرض[5]، فالوقف جائز، وعلى مشتري الأرض قيمة الأرض يوم قبضها، وإنما جاز الوقف؛ لأن الأرض بدل المستحق، وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدًا فيصح وقفه على ما مر، وبمثله[6] لو وجد العبد حرا بطل الوقف؛ لأن بدل الحر ليس بمملوك فلا يصح وقفه، وإذا اشترى أرضا من رجل، وقبضها، ثم استحقها رجل، وأجاز البيع فالبيع جائز، والوقف باطل.

---

(١) في م: قبل.
(٢) في م: وجدها عيبا فإنه لا.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: العرض.
(٦) في م: وعليه.

قيل: هذا على قول من يقول بأن المشتري من الغاصب إذا اعتق ثم أجاز المالك البيع، أن العتق لا ينفذ، وهو قول محمد، وزفر، وهلال - رحمهم الله-.

فأما على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله -: ينبغي أن ينفذ الوقف كما [ينفذ][(١)] العتق.

قيل أيضا: يجوز أن يفرق بين الوقف، وبين العتق فيقال: العتق من حقوق الملك وأحكامه؛ بدليل أنه يؤكد الملك ويقرره حتى جعل قبضا، والقبض يؤكد الملك، فجاز أن يتوقف بتوقفه، وينفذ بنفوذه، بخلاف الوقف.

قال: ولو أن المستحق ضمن[(٢)] الغاصب وهو البائع القيمة، نفذ الوقف كما ينفذ العتق بلا خلاف؛ لأنه ملكه بالضمان من وقت الغصب السابق، فينفذ وقف المشتري كما ينفذ عتقه.

قيل: غاصب الدار، والعقار لا يضمن عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله - فكيف يستقيم هذا التفريع على قولهما؟ فإن ضمن المشتري القيمة انتقض كما ينتقض العتق؛ لأن الملك حصل له بالضمان، والوقف كان قبل ذلك، فبهذا[(٣)] الطريق لم[(٤)] ينفذ العتق. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: من.
(٣) في م: بهذا.
(٤) في م: ثم.

الفصل [الثاني عشر][(١)]

فيمن وقف على الفقراء والمساكين فيحتاج هو أو بعض قرابته وأراد أن يعطى من تلك الغلة

إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين فاحتاج بعض قرابته، وأراد أن يعطى من تلك الغلة، فاعلم بأن هاهنا مسألتين:

إحداهما[(٢)]: إذا احتاج الواقف بنفسه، فالحكم فيها ألا يعطى من تلك الغلة شيئا، هكذا ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه.

قال الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله -: هذا الجواب على مذهب هلال صحيح، فإن [في][(٣)] مذهبه أن الواقف لو شرط في ابتداء الوقف أن [يأكل بنفسه ما دام حيا لا يصح الشرط، ولا يحل الأكل، فكذا إذا احتاج بعد ذلك، لا يحل له الأكل اعتبارا للابتداء بالانتهاء.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: يصح؛ لأن على قوله لو شرط في ابتداء الوقف أن][(٤)] يأكل بنفسه صح الشرط، وحل له الأكل، فكذا[(٥)] يحل له في الانتهاء إذا احتاج إليه.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله -: هذا الجواب صحيح على قول الكل؛ لأن على قول أبي يوسف - رحمه الله -: إذا شرط [في][(٦)] ابتداء الوقف أن يأكل إنما يحل له الأكل؛ لأنه بالشرط استثنى الغلة عن حق الفقراء، فلم تزل[(٧)]

---

(١) في م: الحادي عشر.
(٢) في م: أحدهما.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) زاد في م: له.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: ترك.

الغلة عن[١] ملكه، إنما زالت الرقبة عن ملكه فيصير آكلا [ملك نفسه][٢]، أما هاهنا الغلة زالت عن ملكه وثبت حق الفقراء، فلا يصير آكلا ملك نفسه، [و][٣] لو حل له الأكل حل طريق الصدقة، ولا وجه إليه؛ لأنه يصير متصدقًا على نفسه.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: يجوز أن يفرق بين الانتهاء والابتداء [أي: على قول هلال][٤] فيقال في الابتداء: إنما[٥] يستحق بالشرط؛ لأن الشرط خرج على وجه الفساد، وهاهنا الوقف قد صح بإضافته [إلى][٦] الفقراء، فيجوز له التناول بحكم فقره، هذا كما قال محمد - رحمه الله - في السير: إذا قال الأمير: إن قتلت هذا الكافر فلي [سلبه][٧]، ثم قتله، لا يستحق السلب؛ لأن كلامه خرج على وجه الفساد، ومثله[٨] لو قال: من قتل قتيلا فله سلبه، فقتل [الإمام][٩] بنفسه كافرا استحق سلبه، لأن كلامه خرج على وجه الصحة، فيستحق السلب عند وجود سببه منه.

المسألة الثانية: إذا احتاج بعض قرابته[١٠] فإن كان الوقف في حالة المرض لا يعطى؛ لأن هذا في معنى الهبة، والهبة للوارث في مرض الموت لا تجوز، وكذا إذا[١١] كان الوقف في حالة الصحة، لكن يضاف[١٢] إلى ما بعد الموت بأن قال:

---

(١) في م: عند.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: إنه لا.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: بمثله.
(٩) سقط في م.
(١٠) زاد في م: فراشه.
(١١) في م: إن.
(١٢) في م: مضافا.

أرضي هذه صدقة بعد وفاتي على المساكين وهي تخرج من الثلث؛ لأن هذه وصية والوصية للوارث باطلة، ويعطى ولد ولده إن لم يكن وارثا، هكذا ذكر هلال في وقفه.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: أنه إذا أوصى الواقف أن يجعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبدًا بعد وفاته على المساكين، فاحتاج ولده أعطيهم غلة هذه الصدقة، وليس هذا بوصية، وأجاب عن قول [هلال - رحمه الله - «أن](١) هذا وصية»، فقال: [ليس هذا](٢) من طريق الإيجاب، وإن كان الوقف في حالة(٣) الصحة، ولم يكن مضافًا إلى ما بعد الموت [ذكر في واقعات الناطفي: إذا كان في حالة الصحة ولم يكن مضافا إلى ما بعد الموت، فالصرف](٤) إلى ولد الواقف أولى، ثم إلى قرابة الواقف، ثم إلى موالي الواقف، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل مصره أيهم أقرب إلى الواقف منزلا.

وذكر هلال في وقفه: أنه يعطى أقل من مائتي درهم، وهو أولى من سائر الفقراء؛ لأن مقصود الواقف من الوقف الثواب، والتصدق على فقراء القرابة أكثر(٥) ثوابًا، وإليه أشار - عليه السلام - في قوله لامرأة عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه- حين أرادت(٦) أن تتصدق على زوجها: «لك أجران أجر الصدقة، وأجر الصلة»(٧)، والدليل على صحة ما قلنا أن في باب الزكاة يؤمر بدفع(٨) الزكاة

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: هذا ليس.
(٣) في م: حال.
(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: كالصرف.
(٥) في م: أكبر.
(٦) في م: أراد.
(٧) أخرجه البخاري (٣/ ٣٨٤، ٣٨٥) كتاب الزكاة، باب: الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر (١٤٦٦)، ومسلم (٢/ ٦٩٤، ٦٩٥) كتاب الزكاة، باب: فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج إلخ (٤٥-١٠٠٠).
(٨) في م: بالدفع.

إلى قرابته الذين يجوز الدفع إليهم أولًا، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل بلده، ولكن يعطى أقل من [مائتي درهم، ولو أعطى][(١)] مائتي درهم يجوز، ويكره كما في الزكاة.

ولو رأى القيم ألا يعطيه كان له ذلك، وهو قول الفقيه أبي بكر الأعمش - رحمه الله-.

وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - لا يعطي أحدا من قرابة شيئا من هذا الوقف؛ لأنه لو أعطى صيّروه ملكا بمرور الزمن[(٢)]، فيؤدي إلى إبطال الوقف.

وقال الفقيه أبو بكر الصفار - رحمه الله -: إن طلب، وخاصم، ونازع القيم لا يعطى؛ لأنه إذا خاصمه في ذلك علم أن قصده التملك، وإبطال الوقف، بخلاف ما إذا لم يخاصم، ولم ينازع وواقفه في ذلك.

وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: إن لم ينازعه يعطى، وهذا أولى، ولكن لا يصرف إليه كل الغلة، بل يصرف البعض إليه والبعض إلى الفقراء وإن كان يصرف إليه كل الغلة وإنما يصرف في بعض الأزمان دون البعض؛ لأن في صرف الكل إليهم على الدوام إبطال الوقف عسى؛ لأنه ربما يقع عند الناس أنه ملكهم، فيشهدوا لهم[(٣)] بالملك عند دعواه[(٤)] ذلك لنفسه، هذا إذا وقف على الفقراء واحتاج[(٥)] بعض [قرابته، فأما إذا وقف على فقراء][(٦)] قرابته يصرف جميع الغلة إليهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من مائتي درهم؛ لأن الواقف أوجب ذلك[(٧)].

وأما إذا وقف على الأفقر فالأفقر من قرابته، فهاهنا لا يعطى الكل [إنما يعطى][(٨)]

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: الزمان.
(٣) في م: له.
(٤) في م: دعوة.
(٥) زاد في م: إليه.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: كذلك.
(٨) سقط في م.

أقل من مائتي درهم.

ولو وقف أرضه على أن [النصف من غلتها][(١)] للمساكين ونصفها للفقراء من قرابته، فاحتاج قرابته وكان الذي سمى لهم لا يكفيهم [أيعطيهم][(٢)] ما جعل للفقراء لفقرهم؟

قال هلال - رحمه الله -: لا، وهو قول يوسف بن خالد السمتي.

وقال إبراهيم بن يوسف البلخي - رحمه الله -، وعلي بن أحمد الفارسي، والفقيه أبو جعفر الهندواني - رحمة الله عليهم -: يعطون من نصيب الفقراء؛ لأنهم فقراء، وفقراء قرابته يستحقون[(٣)] بالجهتين جميعا كمن وقف أرضا على قرابته، وأرضا على جيرانه، وبعض جيرانه قرابته، فإنهم يستحقون من الوقفين بالوصفين.

وجه قول هلال: أنه لما بين نصيب كل فريق تنقطع[(٤)] الشركة، وشرط لكل فريق بعضه فيجب رعاية شرطه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الواقف إن شرط في الوقف أن لفقراء قرابته [كذا وللمسلمين وللفقراء][(٥)] كذا، يعطى فقراء القرابة من نصيب الفقراء، وبه أخذ محمد بن سلمة - رحمه الله - وأبو نصر محمد بن سلام البلخي وجعلا هذا نظير الوصية، فإن من أوصى ببعض الثلث لقرابته، وببعضه للفقراء استحق القريب من نصيب الفقراء إذا كان [فقيرًا][(٦)]، وبمثله لو أوصى ببعض الثلث لقرابته، والباقي[(٧)] للفقراء، لا يستحق القريب من نصيب الفقراء كذا هاهنا. [والله أعلم][(٨)].

---

(١) في م: نصف غلتها.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: فيستحقون.
(٤) في م: فتنقطع.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وببعض.
(٨) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل:

إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة أبدًا على زيد وولده أبدًا ما تناسلوا، ومن بعدهم على المساكين على أنه إن احتاج قرابتي رد عليهم هذا الوقف، [وكانت][١] غلته لهم، وكانت قرابته جماعة فاحتاج بعضهم، وبعضهم أغنياء، يرد هذا الوقف على من احتاج من قرابته، وكذلك لو احتاج موالي، واحتاج بعضهم.

ولو قال: على أن ولد[٢] زيد إن ماتوا[٣] ردت غلة هذا الوقف على عمر، فمات بعض ولد زيد، وبقي البعض، لم ترد الغلة حتى يموت كل ولد زيد، هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله-.

قال هلال - رحمه الله - في وقفه: إذا قال: أرضي [هذه][٤] صدقة موقوفة بعد موتي على الفقراء ممن احتاج من ولدي، وولد ولدي أعطي ما يكفيه، [كان كما][٥] قال، فإن احتاج أحد من ولد صلبه ينظر إلى ما يكفيه، فيكون ذلك ميراثًا بين جميع الورثة؛ لأنه لا يستحق بالوقف؛ لأنه بمنزلة الوصية، والوصية لا تجوز للوارث، وإنما تستحق بالإرث فلا يختص هو به، وإن احتاج بعض ولد الولد أعطى له ما يكفيه ويكون ذلك بالوقف؛ لأن الوصية له جائزة، وإن احتاج ولد الصلب وولد الولد أعطيا، ثم ما يصيب ولد[٦] الصلب يكون بين الورثة، وما يصيب ولد الولد يكون له، وإن احتاجوا جميعا تقسم على عدد الرؤوس، ثم الحكم ما ذكرنا من الإرث والوقف، وإن استغنى المحتاج لا يعطي [له][٧]، وهذا ظاهر، وإن قصرت

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: ولدي.
(٣) في م: مات.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: كما كان.
(٦) في م: وولد.
(٧) سقط في م.

الغلة عما سمي لكل فقير، وكان يكفي لأحدهم[١]، فإنه يبدأ بولد الولد؛ لأن حقه أقوى؛ لأنه يجوز من غير إجازة، وحق ولد الصلب لا يثبت إلا بإجازة[٢] الورثة والبداية بالأقوى. [والله أعلم][٣].

* * *

(١) في م: لأحدهما.
(٢) في م: بالإجازة.
(٣) سقط في م.

الفصل [الثالث عشر][(١)]

في بيان ما يدخل في الوقف من غير ذكر

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا وقف الرجل أرضًا في صحته على وجوه سماها، ومن بعدها على الفقراء، فإنه يدخل في الوقف البناء، والأشجار، والنخيل.

وذكر القاضي شمس الإسلام محمود الأوزجندي في شرح كتاب الوقف لهلال: أن الشجر الذي لا ثمرة [له][(٢)]، ولا غلة[(٣)]، ففي دخوله في وقف الأرض روايتان.

وأما الثمر هل يدخل في وقف الأشجار؟ ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الرهن: ذكر هلال عن محمد - رحمه الله -: أنه يدخل [في الوقف][(٤)].

قال - رحمه الله -: وأكثر مشايخنا[(٥)] على أنه لا يدخل.

وهكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - بناء على تعليل محمد - رحمه الله - في فصل الرهن.

قال[(٦)]: محمد - رحمه الله -: علل في مسألة الرهن لدخول [الثمر][(٧)] في دهن الشجر، فقال: لأن الرهن لا يزيل ملك الراهن، والبيع يزيل ملك البائع فصار أصل[(٨)] هذا: أن كل عقد يزيل الملك [لا يدخل فيه الثمار، والوقف يزيل الملك، فيجب][(٩)] ألا يدخل فيه الثمار، ولا يصح العقد[(١٠)]، ولو وقف الأرض، واستثنى

(١) في م: الثاني عشر.
(٢) سقط في م.
(٣) زاد في م: له.
(٤) سقط في م.
(٥) في أ: مشايخي.
(٦) في م: فإن.
(٧) في م: الثمن.
(٨) في م: أن.
(٩) بدل ما بين المعقوفي في م: يجب.
(١٠) العقد في اصطلاح الفقهاء: ارتباط القبول بالإيجاب، بحيث يكون بحالة موجبة لترتب =

الأشجار التي فيها، لا يجوز الوقف.

وأما الزرع هل يدخل في وقف الأرض؟

حكي عن الفقيه أبي بكر - رحمه الله -: إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف دخل، وإن كان له قيمة لا يدخل ما لم يذكر.

وذكر هلال - رحمه الله -: أنه لا يدخل من غير فصل.

وهكذا ذكر الخصاف.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ.

قال الخصاف: ولو كان فيها بقل أو رياحين لا يدخل في الوقف، ولو كان فيها[١] قصب أو [غيضة][٢] أو خلاف، فما[٣] كان يقطع في كل سنة لا يدخل في الوقف، وما كان يقطع في كل سنتين أو ثلاث يدخل، والشرب لا يدخل إلا إذا ذكره، أو ذكر الأرض بحقوقها، أو بكل قليل وكثير هو لها.

وأما الرطب[٤] فما كان من رطبة قد طلعت فهي للواقف، وما كان من أصول ذلك فهو داخل في الوقف، وكذلك الباذنجان والقطن إلا أن يكون شجر[٥] القطن [يجز][٦] في كل سنة، وإن كان كذلك لا يدخل، وبصل العصفر، والزعفران يدخل في الوقف، وقصب السكر لا يدخل في الوقف، وشجر الورد، والياسمين يدخلان[٧] في وقف الأرض، والرحى في الضيعة تدخل في وقف تلك الضيعة رحى الماء، ورحى اليد في ذلك على سواء، وكذلك الدواليب تدخل، والدالية[٨] لا

= حكمه عليه، وأقسامه كثيرة.

(١) في م: فيه.
(٢) في م: بده بستان أو عطية.
(٣) في م: ما.
(٤) في م: الرطاب.
(٥) في م: شجرة.
(٦) في م: تجمل.
(٧) في م: يدخل.
(٨) في م: والدار.

تدخل، وفي وقف الدار إذا لم يذكر الدار بحقوقها ولا بكل قليل وكثير هو لها فيها ومنها من حقوقها يدخل ما كان يدخل في بيع الدار، [وخوابي الدباغين، وقدور الدباغين لا يدخل في الوقف](١) سواء كان في البناء أو لم يكن. [والله أعلم](٢).

* * *

(١) في م: وفي وقف الحمام يدخل وقيد الحمام وفي وقف الحوانيت.
(٢) سقط في م.

الفصل [الرابع عشر][١]
في الولاية في الوقف

ذكر هلال - رحمه الله -: إذا وقف الرجل أرضه، ولم يشترط الولاية لنفسه، ولا لغيره: أن الوقف جائز، والولاية للواقف، هكذا ذكر الخصاف في وقفه.

قال هلال - رحمه الله تعالى -: وقد قال قوم: إن الواقف لو شرط الولاية لنفسه كانت الولاية له، وإن لم يشترط فلا.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: الأشبه [أن يكون هذا][٢] قول محمد - رحمه الله-.

وجه هذا القول: أن الولاية كانت له بحكم الملك، وبالوقف زال الملك.

وجه ما ذكر هلال: أن الواقف أقرب الناس إلى هذا الملك فيكون أولى بولايته؛ ألا ترى [أن][٣] باني المسجد أولى بإقامة مصالح المسجد، ونصب المؤذن، وعمارته.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا وقف أرضا وسلمها إلى المتولي، ثم أراد أن يأخذها منه، فإن كان شرط في الوقف أن له العزل والإخراج من يد المتولي فله، وإن لم يكن شرط ذلك فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: له ذلك.

وعلى قول محمد: ليس له ذلك.

ولو جعل الواقف ولاية الوقف لرجل كانت الولاية [له كما شرط الواقف، ولو أراد الواقف إخراجه كان له ذلك فلو جعل إليه الولاية][٤] في حال حياته، وبعد وفاته كان جائزا، وكان وكيلا في حال الحياة وصيا بعد الموت.

ولو قال: وليتك هذا الوقف، فإنما له الولاية حال حياته لا بعد وفاته.

---

(١) في م: الثالث عشر.
(٢) في م: هذا أن يكون.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

ولو قال: وكلتك بصدقتي هذه في حياتي وبعد وفاتي، فهو جائز، وهو وكيله في حياته ووصيه بعد وفاته.

وإن لم يشترط الواقف الولاية لأحد حتى حضره الموت، فقال لرجل: أنت وصي، ولم يزد على هذا، فهو وصيي في ماله وولده، [و][1] فيما كان له في يده من الوقف.

ولو أوصى إليه في الوقف.

قال محمد - رحمه الله -: هو وصي في الوقف خاصة على قولنا، وعلى قول أبي يوسف.

وعلى قول أبي حنيفة: هو وصي في الأشياء كلها، هكذا ذكر هلال - رحمه الله -، والمشهور أن على قولهما: هو وصي في الأشياء كلها، وعلى قول محمد - رحمه الله -: هو وصي فيما خص له.

[وأما][2] ما ذكر هلال - رحمه الله -، فذلك جواب النوادر، وهو المذكور في مختصر الكرخي.

وأما في ظاهر الرواية فقول أبي يوسف كقول أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وعلى هذا لو أوصى إلى رجل في الوقف، وأوصى إلى آخر في ولده، أو[3] أوصى إلى رجل في (وقف)[4] بعينه، وأوصى إلى آخر في وقف [آخر بعينه][5] كانا وصيين[6] فيهما جميعا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف [أيضا][7]، وسيأتي جنس هذه المسائل في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: و.
(٤) في م: وقفه.
(٥) في م: لعقبه.
(٦) في م: وصيتين.
(٧) سقط في م.

ولو وقف أرضه وجعل ولايته إلى رجل حال حياته وبعد وفاته، فلما حضره الموت أوصى [إلى رجل](١)، ذكر هلال عن محمد: أن الوصي يشارك القيم في أمر الوقف، كأنه(٢) جعل ولاية الوقف إليهما(٣)، ولو جعل ولاية الوقف بعد وفاته إلى رجلين، فقبل [ذلك أحدهما](٤)، ولم يقبل الآخر، فينبغي للقاضي أن يجعل مع الذي(٥) قبل رجلا يقوم مقام الذي لم يقبل، فإن كان الذي قبل موضعا لذلك [عند القاضي](٦)، وفوض ذلك إليه القاضي فهو جائز.

ولو قال الواقف: ولاية هذا [الوقف](٧) إلى الأفضل فالأفضل من ولدي، وأبى الأفضل القبول، فالقياس: ألا(٨) يقيم القاضي غير الأفضل مقامه ما دام الأفضل حيا، وإذا مات الأفضل صرف الولاية إلى من يليه في الفضل.

في(٩) الاستحسان: أن الولاية لمن يليه في الفضل؛ [لأن إباء الأفضل](١٠) بمنزلة موته، ولو ولى القاضي أفضلهم ثم صار في ولده من هو أفضل منه، فالولاية إليه اعتبارا لشرط الوقف، والأفضل هو: الأورع، والأصلح، والأهدى في أمور الوقف، وإذا استوى الاثنان في الصلاح، فالأعلم بأمر الوقف أولى، ولوكان أحدهما أكثر ورعا وصلاحا، والآخر أعلم بأمور الوقف، فالأعلم أولى بعد أن يكون بحال تؤمن خيانته، ولو جعل الولاية في ذلك إلى عبد الله حتى يقدم زيد فهو

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: ولأنه.
(٣) في م: لهما.
(٤) في م: أحدهما ذلك.
(٥) في م: ذلك.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: أن.
(٩) في م: و.
(١٠) سقط في م.

كما[(١)] قال، فإذا قدم زيد فكلاهما واليان عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه لم يحجر[(٢)] على عبد الله بعد قدوم زيد.

وعلى قول هلال: تحولت الولاية إلى زيد، ولا يبقى عبد الله واليًا، وإذا جعل الولاية إلى رجل، ومات ذلك الرجل حال حياة الواقف، فالأمر في نصب القيم إلى الواقف [يقيم][(٣)] من أحب؛ لأن العين في الصدقة الموقوفة وإن زالت[(٤)] عن ملكه حقيقة، [فهي باقية][(٥)] على ملكه حكما؛ ألا ترى أنه جعل متصدقا شرعا بكل[(٦)] ما يحدث من الغلة كأنها حدثت على ملكه، وتصدق بها، ولهذا سمى الشرع الصدقة الموقوفة جارية إلى يوم القيامة، وإنما تكون جارية إلى يوم القيامة إذا اعتبرت الغلة الحادثة حادثة على ملكه، وجعل هو متصدقًا بها صدقة جديدة، فدل أنها مبقاة على ملكه حكما، فيعتبر كما[(٧)] لو كانت مبقاة على ملكه حقيقة، وهناك التدبير في التصرف في[(٨)] نصب المتصرف إليه لا إلى القاضي كذا هاهنا، هكذا ذكر المسألة في وقف الأصل.

وفي السير الكبير قال محمد - رحمه الله -: القاضي أولى بنصب قيم آخر، وقد ذكرنا[(٩)] المسألة في مسائل الجنس.

وإن مات القيم بعد ما مات الواقف، فإن كان القيم قد أوصى إلى غيره فوصيته بمنزلته، وإن كان لم يوص إلى غيره فولاية نصب القيم للقاضي، ولا يجعل القيم

---

(١) زاد في م: لو.
(٢) في م: يجز.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: زال.
(٥) في م: فهو باق.
(٦) في م: فكل.
(٧) في م: بما.
(٨) في م: وفي.
(٩) في م: ذكر.

من الأجانب ما دام يوجد من ولد الواقف، وأهل بيته من يصلح لذلك؛ [لأنه يشفق على الواقف من الأجنبي، فإن لم يوجد من ولد الواقف، وأهل بيته من يصلح لذلك، جعل][(١)] القيم من الأجانب في هذه الصورة، وإذا صار في أولاده، وأهل بيته من يصلح لذلك، صرفه إليه.

ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوقف، [و][(٢)] بعض مشايخنا ذكروا في شروحهم: أنه لا يصرف إليه إلا إذا كان الواقف شرط ذلك في الوقف [للمتولي إن][(٣)] أراد أن يوصي[(٤)] إلى غيره، عند الموت بالوصية يجوز؛ لأنه بمنزلة الوصية عند الموت للوصي أن يوصي إلى غيره، وإذا أراد أن يقيم غيره مقام نفسه في حياته، وصحته لا يجوز إلا إذا [كان][(٥)] التفويض إليه على سبيل العموم [بأن يقول: اعمل برأيك؛ لأن للوكيل أن يوكل عند ذلك. والله أعلم][(٦)].

* * *

(١) في م: حل القيم من الأجانب ثم إذا جعل.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: المتولي إذا.
(٤) في م: يفوض.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.

الفصل الخامس عشر
في تصرف القيم في الوقف

وأنه أنواع:

نوع منه: يرجع إلى عمارة الوقف:

رجل وقف أرضا على المساكين وقفا صحيحا، ولم يذكر عمارتها[١] في غلة هذه الأرض، يبدأ القيم أولا من الغلة بعمارتها، وما يصلحها، وما فضل من ذلك يقسم على الفقراء؛ وهذا لأن العمارة وإن لم تكن مشروطة في الوقف نصا فهي مشروطة اقتضاء؛ لأن مقصود الواقف إدرار الغلة على المساكين، وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها، وعمارتها فهو معنى قولنا: إن العمارة مشروطة اقتضاء، والثابت اقتضاء ثابت [بطريق الضرورة، فكانت][٢] العمارة [مشروطة في][٣] غلة هذه الأرض، وإن كان في أرض الوقف غلة[٤] فخاف القيم هلاكها كان له أن يشتري من غلتها فسيلا فيغرسه؛ لأن النخل يفسد على امتداد الزمان فيهلك فينقطع ثمرها، وكان إبقاؤها بالغرس مكانها حتى يبقى خلفا عن سلف، وهو نظير الدار الموقوفة يؤمر[٥] بإدخال خشبة، [أو لبنة][٦] ونحوها حتى لا تخرب، وإن كانت قطعة من هذه الأرض سبخة لا تنبت شيئا فيحتاج إلى كسح وجهها وإصلاحها حتى تنبت، كان للقيم أن يبدأ من غلة الأرض بمؤنة إصلاح تلك القطعة؛ لأنها إذا صلحت كثرت الغلة فكان أنفع للفقراء، وإذا أراد القيم أن يبني [فيها][٧] قرية ليكثر أهلها، وحفاظها ويحوز فيها الغلة لحاجته إلى ذلك كان له أن يفعل ذلك؛ لأن هذا من جملة مصالح الوقف،

---

(١) زاد في م: قال عمارتها.
(٢) في م: بالضرورة يندفع بشرط.
(٣) في م: من.
(٤) في م: نخلة.
(٥) في م: يرم ما اشترم فيها.
(٦) في م: ولبن.
(٧) سقط في م.

وهذا كالخان الموقوف على الفقراء إذا احتيج فيه إلى خادم يكسح الخان، ويفتح [الباب][١] ويسده فسلم المتولي بعض البيوت إلى رجل بطريق الأجرة، ليقوم بذلك، فهو جائز، وطريقه ما قلنا.

وإن أراد أن يبني فيها بيوتا [يستغلها][٢] بالإجارة، فهذه المسألة في الحاصل على وجهين:

إذا[٣] كانت أرض[٤] الوقف متصلة ببيوت المصر، [و][٥] يرغب في استئجار بيوتها، وتكون غلة ذلك فوق غلة الأرض والنخل، له ذلك، وإن كانت[٦] أرض الوقف بعيدة عن المصر ولا يرغب في استئجار بيوتها بأجرة تربو منفعتها على منفعة الزراعة، فليس له ذلك.

والوجه في ذلك: أن الواقف ما عين جهة الاستغلال نصا، لكن عين[٧] الاستغلال بالزراعة بحكم الظاهر، فإن المقصود من الأرض البيضاء ظاهرا الاستغلال بالزراعة، فيجب العمل بالظاهر ما لم يوجد جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء؛ لأنا نعلم قطعا أن غرض الواقف[٨] انتفاع الفقراء.

ففي الوجه الأول: وجدنا جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء من الزراعة، فتركنا هذا الظاهر تحصيلا لغرض الواقف بأبلغ الوجوه.

وقد روي عن محمد - رحمه الله - ما هو أبعد من هذا، فإنه قال: إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى هي أكثر ريعا، كان

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: إن.
(٤) في م: الأرض.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: كان.
(٧) في م: عينا.
(٨) زاد في م: من الوقف.

له أن يبيع هذه الأرض ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا.

فأما في الوجه الثاني: لم نجد جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء من الزراعة، فعملنا فيه بالظاهر، فلم يكن القيم في هذه الصورة مأذونا بالبناء والاستغلال بالإجارة فلا يكون له أن يفعل ذلك.

* * *

نوع آخر:

إذا وقف داره على الفقراء، فللقيم[١] أن يؤاجر؛ لأنه[٢] استغلال للوقف، ولا بد للوقف منه ويبدأ من غلتها بعمارتها؛ لما مر، فما فضل يصرف للفقراء[٣]، وليس للقيم أن يسكن فيها أحدا بغير أجر؛ لأنه إتلاف منافع الوقف بغير عوض، وإن مات القيم بعدما أجر لا تبطل الإجارة، وإن كان الواقف هو الذي أجر ثم مات، ففيه قياس، واستحسان.

القياس: أن تبطل الإجارة، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - لأن الواقف[٤] بمنزلة المالك ليس لأحد حجره ومنعه، والمالك لو أجره، ومات تنتقض الإجارة.

وفي الاستحسان: لا تنتقض الإجارة؛ لأنه أجرها لغيره وهم الفقراء، فصار كالوكيل[٥]، والقيم إذا أجر ثم مات [لا تنتقض الإجارة][٦] وهذا لأن الإجارة إنما تنتقض بموت المالك، لأن الملك بالموت ينتقل إلى الوارث، فلو لم تبطل حصل استيفاء المنافع على ملك غير الآجر، وأنه لا يجوز، وهذا المعنى معدوم هنا، [و][٧] بهذا الطريق[٨] لا تنتقض الإجارة [بموت الوكيل وتنتقض بموت الموكل.

وبهذا الطريق قلنا: الوصي إذا أجر دار اليتيم، ومات الوصي، لا تنتقض الإجارة][٩]، ولو مات [اليتيم][١٠] تنتقض، ولم يذكر القياس والاستحسان في

(١) في م: فالقيم.
(٢) في م: لأن.
(٣) في م: إلى الفقراء.
(٤) في م: الوقف.
(٥) في م: الوكيل.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.
(٨) في م: لم.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: الصبي.

الوكيل بالاستئجار[(١)]؛ لأن الوكيل بالاستئجار حاله كحال الوكيل يشتري العين، لأن المنافع لها حكم الأعيان، فيصير الموكل كأنه يملك من جهة الوكيل فيكون للوكيل حكم المالك، وأما الوكيل بالإجارة فليس له حكم المالك[(٢)]؛ لأن المنافع [إنما تتولد][(٣)] من دار هي للموكل فكان عمل الوكيل في العقد لا غير، وقد فرغ منها.

وفي واقعات الناطفي: إذا أجر الدار الموقوفة، ثم عزل قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء.

وفيه أيضا: دار موقوفة على قوم أجرها الوصي مدة معلومة، ثم مات بعض الموقوف عليهم قبل تمام المدة، لا تبطل الإجارة، فالإجارة لا تبطل بموت الموقوف عليه؛ لأنه ليس بمالك للرقبة إنما حقهم في الغلة، ثم ما وجب من الغلة إلى أن مات هذا الميت يصرف إلى ذريته، وما وجب بعد موته فهو لمن بقي، وكذا لو مات بعضهم بعد موت الأول بمدة فهو على هذا القياس، وسيأتي تمام ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولا تجوز الإجارة الطويلة على الوقف، ولو احتيج إليها، [فالوجه][(٤)] في ذلك: أن يعقد عقودا مترادفة كل عقد على سنة، فيكتب: استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين[(٥)] عقدا كل عقد على سنة، فيكون العقد الأول لازما؛ لأنه ناجز، ويكون العقد الثاني غير لازم؛ لأنه مضاف، هكذا ذكره بعض المشايخ، [وبعض المشايخ زيَفوا][(٦)] هذه الحيلة على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فإن أجر متولي الوقف دارا موقوفة أكثر من سنة، فإن كان الواقف شرط ألا يؤاجر

---

(١) في م: بالاستحسان.
(٢) في م: الإجارة.
(٣) في م: تتوكد.
(٤) في أ: الأوجه.
(٥) في م: سنتين.
(٦) سقط في م.

أكثر من سنة، والناس لا يرغبون في استئجارها سنة، [لا تجوز إجارته][(١)]؛ لأن شروط الواقف تراعى، فإن كان قد شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء، فحينئذ تجوز إجارته أكثر من سنة إذا رأى [ذلك خيرًا][(٢)] للفقراء، وإن [لم][(٣)] يشترط في الوقف ألا يؤاجر أكثر [من سنة][(٤)].

روي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه كان يقول في الدور: لا يؤاجر أكثر من سنة؛ وهذا لأن المدة إذا طالت أدت إلى إبطال الوقف عسى؛ لأنه متى تصرف فيه تصرف الملاك حتى طال الزمان فكان[(٥)] من لقيه يظن أنه يتصرف في ملكه، فمتى أنكر المستأجر الوقف وادعى الملك، فهؤلاء الذين لقوه يتصرف فيه يشهدون له [بالملك][(٦)].

وأما في الأرض: فإن كانت[(٧)] تزرع في كل سنة مرة، فكذلك، فإن كانت تزرع في كل سنتين مرة، أو في [كل][(٨)] ثلاث سنين مرة، أو تزرع في كل سنة طائفة منها، فينبغي أن يشترط في المدة ذلك القدر الذي يتمكن[(٩)] به المستأجر من زراعة[(١٠)] الكل على العادة؛ لأنه لو أجرها سنه والحالة هذه، والمستأجر يزرع كل الأرض، يؤدي إلى تخريب الأرض.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص البخاري - رحمه الله - يجيز في الضياع ثلاث سنين؛ لأن مصلحة الوقف في ذلك؛ لأن المستأجر لا يرغب في أقل من

---

(١) في م: وكانت إجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع لا تجوز أكثر من سنة.
(٢) في م: خيرا ذلك.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: منافعه.
(٥) في م: فكل.
(٦) سقط في م.
(٧) زاد في م: الأرض.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: يمكن.
(١٠) في م: مزارعة.

ذلك، وكان [لا][١] يجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة.

وكان الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يجيز ذلك في ثلاث سنين في الضياع، والدور، وغيرهما.

وقال الصدر الشهيد في واقعاته: المختار أن يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين، إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع بعدم الجواز فيما زاد على السنة، إلا إذا كانت المصلحة في[٢] الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع[٣]، واختلاف الزمان.

وكان الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: لا ينبغي للمتولي أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين، ولو فعل جازت الإجارة وصحت.

وعلى هذا القول لا يحتاج إلى الحيلة التي ذكرناها في الإجارة الطويلة، ثم ما ذكرنا من الحيلة في أول المسألة [مزيفة][٤] عند بعض المشايخ؛ لأن الإجارة الطويلة إنما لم تجز على الوقف كيلا يؤدي إلى إبطال الوقف، وفي حق هذا المعنى لا فرق [بين ما][٥] إذا كان العقد واحدا، وبين ما إذا كان عقودا.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - أنه قد احتال بعض الصكاكين في زماننا في الصكوك في إجارة الوقف إذا كان الفتوى على أن إجارة الوقف لا يجوز في السنين الكثيرة، فذكر في الصك: أن الواقف [أو القيم إذا][٦] وكل فلانا بإجارة هذه الضيعة من فلان كل سنة بكذا، ومتى[٧] ما أخرجه من الوكالة فهو وكيله، وأرادوا بذلك بقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة.

---

(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: عدم.
(٣) في م: الوضع.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: بينهما.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: وسما.

قال الفقيه أبو جعفر: إلا أنا نبطل هذه الوكالة في الوقف، وإن كان القياس [أن يجوز؛ تحريا لإصلاح الوقف][١]، كما تبطل الإجارة الطويلة، ولما جاز إبطال تلك الولاية[٢] صيانة للوقف يجوز إبطال هذه العقود المختلفة أيضًا صيانة للوقف، وعليه الفتوى.

رجل له دار له فيها موضع مقدار[٣] بيت، وهو وقف لا يصل إلى الموقوف عليه شيء من غلته، وأراد صاحب الدار أن يستأجره مدة طويلة، فإن كان لهذه المواضع مسلك إلى الطريق الأعظم، لا يجوز، [وإلا][٤] يجوز إذا استأجر أرض الوقف[٥] ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر المثل حتى جازت الإجارة فرخصت أجرتها[٦]، لا تنفسخ الإجارة، وإذا ازداد أجر مثلها بعد مضي مدة، فعلى رواية فتاوى[٧] سمرقند: لا يفسخ العقد، وعلى رواية شرح الطحاوي: يفسخ ويجدد العقد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى، لما مضى، ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة فيها بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد، فإلى وقت زيادته يجب المسمى بقدره، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر المثل[٨]، وزيادة الأجر يعتبر إذا ازدادت عند الكل.

هذه الجملة في مزارعة شرح الطحاوي.

حانوت وقف عمارته لآخر، أبي صاحب العمارة أن يستأجر بأجر مثله، فهذا

---

(١) في م: يجوز نحو ما بينا صلاح.
(٢) في م: الولا.
(٣) زاد في م: دار.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: وقف.
(٦) في م: الأجرة.
(٧) في م: أهل.
(٨) في م: مثلها.

على وجهين[١]: إن كانت العمارة لو رفعت تستأجر بأكثر مما يستأجر هو، وفي هذا الوجه يكلف رفع العمارة، ويؤاجر من غيره؛ لأن النقصان عن أجر المثل من غير ضرورة لا يجوز.

وأما إن كانت العمارة [لو رفعت][٢] لا تستأجر بأكثر مما يستأجر[٣] هو، ففي هذا الوجه: لا يكلف[٤] رفع العمارة، وتترك في يده [بذلك الأجر][٥]؛ لأن فيه ضرورة.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -، وفي وقف الخصاف - رحمه الله -: الواقف[٦] إذا أجر الوقف[٧] إجارة طويلة، إن كان يخاف على رقبتها التلف بسبب هذه الإجارة، فللحاكم أن يبطلها، وكذلك إن أجرها من رجل يخاف على رقبتها من المستأجر، ينبغي للحاكم أن يبطل الإجارة.

في فتاوى أهل سمرقند: خان أو رباط سبيل أراد أن يخرب، يؤاجر، وينفق عليه، فإذا صار معمورًا، لا يؤاجر؛ لأنه لو لم يؤاجر يندرس.

وفيه أيضًا: قيم على عمارة وقف استأجر أجيرا بدرهم ودانق، وأجر مثله درهم، فاستعمله في عمارة الوقف، ونقد الأجر من مال الوقف، يضمن جميع ما نقد؛ لأن الإجارة وقعت له.

متولي الوقف إذا أسكن رجلا بغير أجر، ذكر هلال: أنه لا شيء على الساكن. وعامة المتأخرين من المشايخ: أن عليه أجر المثل، سواء كانت الدار معدة

(١) زاد في م: أما.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في م: لاستأجر.
(٤) زاد في م: هو.
(٥) في م: ذلك الأجرة.
(٦) في م: الآجر.
(٧) في م: الواقف.

للاستغلال[١]، أو لم تكن؛ صيانة للوقف، وعليه الفتوى.

وكذا قال فيمن سكن دار الوقف بغير [أمر][٢] القيم وبغير أمر الواقف: كان عليه أجر المثل بالغا ما بلغ.

وكذا قالوا في أهل الجماعة إذا رهنوا الوقف [حتى][٣] لم يصح لو سكنه المرتهن: يجب أجر المثل سواء كانت الدار معدة للاستغلال[٤]، أو لم تكن.

وكذلك قالوا في متولي المسجد باع منزلًا موقوفا على المسجد، فسكنه المشتري، ثم عزل القاضي هذا المتولي، وولى غيره، فادعى هذا الثاني [المنزل على المشتري][٥]، وأبطل القاضي [بيع المتولي][٦]، وسلم الدار إلى المتولي الثاني، فعلى المشتري أجر مثل هذا المنزل سواء كانت هذه الدار معدة للاستغلال[٧]، أو لم تكن.

وإذا أجر القيم الدار بأقل من أجر المثل قدر ما[٨] يتغابن الناس حتى لم تجز الإجارة، لو سكنها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغا ما بلغ على ما اختاره المتأخرون من المشايخ - رحمهم الله-.

وكذلك إذا أجر إجارة فاسدة. إذا آجر القيم دار الوقف من نفسه، لا يجوز، كذا ذكره هلال في وقفه.

وكذلك إذا آجر من عبده، أو مكاتبه، لا يجوز كما لو آجر من نفسه.

قيل: إنما لم يجز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل إذا آجر من نفسه؛ لأن

---

(١) في م: للاشتغال.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: للاشتغال.
(٥) في م: على مشتري المنزل أن البيع باطل.
(٦) في م: البيع.
(٧) في م: للاشتغال.
(٨) زاد في م: لا.

كل واحد منهما يتصرف بتفويض من جهة غيره.

وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي[١] إذا باع مال الصبي من نفسه، إن كانت فيه منفعة للوقف يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ولو آجر من ابنه، أو أبيه فهو على [هذا][٢] الاختلاف في الوكيل، عند أبي حنيفة: لا يجوز.

وعندهما: يجوز.

ومن مشايخنا من قال: هاهنا يجوز، وقاسه على المضارب إذا آجر من هؤلاء، فإنه يجوز بلا خلاف، وكذا الوصي؛ لأنهما عاما[٣] التصرف، بخلاف الوكيل.

ومن مشايخنا من قال: لو فرق إنسان بين المضارب، والوصي، وبين والي الوقف، لأبي حنيفة - رضي الله عنه - جاز[٤]، فإن والي الوقف ليس بتام الولاية، وإن كان وصيا في الوقف؛ ألا ترى أنه لا يتجاوز أمر الواقف وشرطه.

إذا آجر القيم الدار الموقوفة بعرض من العروض، جاز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه-.

وعندهما: لا يجوز إلا بالدراهم والدنانير، [هكذا][٥] ذكر هلال - رحمه الله -.

وذكر [هذه][٦] المسألة في الإجارات، وأجاب بالجواز من غير ذكر خلاف.

والمتأخرون من مشايخنا قالوا: إنما لم يذكر محمد - رحمه الله - الخلاف، [لأنه لم يكن في الأجرة تعارف في زمنهما.

وذكر هلال - رحمه الله - الخلاف][٧]؛ لأنه كان في الأجرة تعامل [في

---

(١) في م: الرضى.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: علما.
(٤) في م: يختار.
(٥) سقط في م.
(٦) سقط في م.
(٧) سقط في م.

زمانه][١] كما في الثمن.

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إنما يجوز في الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله - ما تعارفه الناس أجرة، وثمنا في الإجارات، والبياعات مثل: الحنطة، والشعير، فأما العبيد فلا يجوز بالإجماع.

والأب، والوصي إذا آجر دار اليتيم بعرض، يجوز بلا خلاف؛ لأنهما يملكان شراء العرض [له، وأما][٢] قيم الوقف فشراؤه العرض على الوقف لا يجوز فكان كالوكيل، ثم إذا جاز إجارة الوقف بالعرض على قول من قال بالجواز، فالقيم يبيع العرض الذي هو أجره، ويجعل ثمنه [أجرة][٣] في سبيل الوقف.

إذا آجر القيم الوقف وشرط المرمة على المستأجر[٤] بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة إلا أن يسمي دراهم معلومة، ويأمره[٥] بأن يصرفها [في المرمة][٦].

وإذا كان الوقف على قوم معينين فآجر القيم الوقف من الموقوف عليهم، جاز؛ لأنه لا حق لهم في الرقبة، إنما حقهم في الغلة، فصاروا[٧] في حق الرقبة كالأجانب إلا أنه يسقط حق المستأجر في الأجر؛ لأنه لو أخذ [منه][٨] استرد ثانيا فلا يفيد الأخذ[٩]، والموقوف عليهم لو أرادوا أن يؤاجروا لا يجوز لما ذكرنا أنه لا حق لهم في الرقبة، ولا ملك.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إذا كان الأجر كله له بأن كان الوقف لا

(١) سقط في م.
(٢) في م: ليقاما.
(٣) سقط في م.
(٤) زادفي م: بطلت على المستأجر.
(٥) في م: وبأجرة.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: فصار.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: الأجر.

يحتاج إلى العمارة، كالحوانيت، والدور، وليس معه شريك حينئذ جازت الإجارة، وأما في الأرض إن كان الواقف شرط تقديم العشر، والخراج[١] وسائر المؤن، وما

---

(١) الخراج لغة: الإتاوة، سواء في ذلك - فتح الخاء، وكسرها، وضمها - والجمع: أخراج، وأخاريج، وأخرجة، من: خرج يخرج، خروجًا: إذا برزه. وأصله ما يخرج من غلة الأرض والعبد وغيرهما، ومنه قوله ﷺ: «الخراج بالضمان» أي: غلة العبد للمشتري بسبب أنه في ضمانه، وذلك بأن يشتري عبدًا ويستغله زمانًا، ثم يعثر فيه على عيب دلسه البائع. ثم سمي به ما يأخذه السلطان خراجًا، فيقع على الضريبة، والجزية، ومال الفيء، وفي الغالب يخص بضريبة الأرض. ويطلق الخراج أيضًا على الأجرة، أو الكراء، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ [الكهف: ٩٤]، وقوله تعالى: ﴿أَمْ تَسْـَٔلُهُمْ خَرْجًا فَخَرَاجُ رَبِّكَ خَيْرٌ﴾ [المؤمنون: ٧٢]. وعرف الخراج كل من الماوردي، وأبو يعلى بأنه: ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدى عنها. وقسم الفقهاء الخراج - باعتبارات مختلفة - إلى أنواع: فقسموه - باعتبار المأخوذ من الأرض - إلى خراج وظيفة، ومقاسمة. وقسموه - باعتبار الأرض التي تخضع للخراج إلى: خراج عنوي، وصلحي. الخراج نوعان: خراج وظيفة، وخراج مقاسمة.

فخراج الوظيفة: هو مقدار معين على مساحة معلومة من الأرض، يؤخذ مرة في كل عام، كما وضع سيدنا عمر -رضى الله عنه - على سواد العراق.

وخراج المقاسمة: هو حصة شائعة فيما يخرج من الأرض: كالربع أو الثلث مثلا. وذا كالخراج الذي وضع على الأرض الشامية.

ويجتمع خراج الوظيفة مع خراج المقاسمة فيما يلي:

أولا: كل منهما يوظف على الكافر ابتداء؛ لما فيهما من معنى العقوبة، كما لا يوظف ابتداءً على كافر عشر؛ لما فيه من معنى العبادة.

ثانيًا: مصرف كل منهما مصرف الآخر، وهو مصالح المسلمين؛ لأنهما أخذا بقوة المسلمين فيصرفان في مصالحهم.

ويفترق خراج الوظيفة عن خراج المقاسمة فيما يأتى:

أولا: خراج الوظيفة لا يجبى في السنة إلا مرة واحدة؛ لأن سيدنا عمر - رضى الله عنه - وهو العمدة في هذا الباب لم يوظفه مكررًا بتكرار الخارج، بل وضعه على الأرض مرة في السنة، على من يتمكن من الانتفاع بها. أمّا خراج المقاسمة فيتكرر بتكرار الخارج؛ لتعلقه بعينه.

ثانيًا: خراج الوظيفة يختلف مقداره في الرطبة، والزرع، والكرم المتصل، والنخل المتصل، ولا أدل على هذا من فعل سيدنا عمر رضي الله عنه. وأما خراج المقاسمة فيوضع على ما تنتجه الأرض حسب طاقتها بدون إرهاق للمستثمر فيقعد عن استغلالها وبلا ظلم لبيت المال فيضعف عن وضع الأمور في نصابها.

ثالثًا: خراج الوظيفة يجب على صاحب الأرض إذا أتم عامه، ولا ينظر إلى ريع الخارج من أرضه. أما خراج المقاسمة فيجب متعلقًا بالخارج من الزرع حسب الاتفاق المبرم. =

....

=

رابعًا: خراج الوظيفة يجب بالتمكن من الزراعة أو الغرس، وإن لم يُباشر واحدٌ منهما بالفعل. أما خراج المقاسمة فلا يجب إلا في الخارج حسب الشرط.

الخراج الصلحي: وهو: (الخراج الذي يوضع على الأرض التي صولح عليها أهلها على أن تكون الأرض لهم، ويقرون عليها بخراج معلوم) قال الباجي: (فما صالحوا على بقائه بأيديهم من أموالهم فهو مال صلح، أرضا كان أو غيره).

الخراج العنوي: وهو الخراج الذي يوضع على الأرض التي افتتحت عنوة بعد أن وقفها الإمام على جميع المسلمين. ويدخل في هذا النوع الخراج الذي يوضع على الأرض التي جلا عنها أهلها خوفا وفزعا من المسلمين. وكذا الخراج الذي يوضع على الأرض التي صولح أهلها على أن تكون للمسلمين ويقرون عليها بخراج معلوم. قال الباجي: (وما صالحوا به أو أعطوه على إقرارهم في بلادهم وتأمينهم كان أرضا أو غيره)، فإنه ليس بمال صلح، ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صالحوا على ألا يكون لهم في الأرض حق، ويؤمنون على الخروج من البلد، أو المقام به على الذمة، لما كانت تلك أرض صلح، وإنما تكون أرض صلح ما صولحوا على بقائها بأيديهم، سواء تقدم ذلك حرب، أو لم يتقدمه حرب. وأما العنوة فهي الغلبة، فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة من أرض أو عين دون اختيار من غلب عليه من الكفار فهو أرض عنوة سواء دخلنا الدار غلبة، أم أجلوا عنها مخافة المسلمين، تقدمت في ذلك حرب، أم لم تتقدم، أقر أهلها فيها، أم نقلوا عنها. وقال أيضا: (ومرادنا بالصلح والعنوة أن الأرض آل حالها إلى أن استقرت بأيدي أربابها بصلح صالحوا عليها، أو زال عنها ملكهم بالعنوة والغلبة). أنواع الأرض الخراجية:

النوع الأول: الأرض التي صالح المسلمون أهلها عليها وهي نوعان:

الأول: أن يقع الصلح على أن الأرض لأهلها، وللمسلمين الخراج، فهي مملوكة لأهلها وتعتبر أرضا خراجية.

والثاني: أن يقع الصلح على أن الأرض للمسلمين ويقر أهلها عليها بخراج معلوم.

النوع الثاني: الأرض التي جلا عنها أهلها خوفا وفزعا وبدون قتال. فهي أرض خراجية وتصير وقفا على جميع المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأحمد في رواية، وذلك لأنها فيء وليست غنيمة. وذهب أحمد في رواية ثانية إلى أن حكمها حكم الأرض المفتوحة عنوة، فلا تصير وقفا على المسلمين إلا بوقف الإمام لها؛ لأنها مال ظهر عليه المسلمون بقوتهم، فلا يكون وقفا بنفس الاستيلاء كالمنقول. أما أرض العرب فكلها أرض عشرية؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام، والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم، كما لا تثبت الجزية في رقابهم.

ينظر: لسان العرب، مادة (خ ر ج) (٢/ ١١٢٦)، والمصباح المنير، مادة (خ ر ج) (١/ ١٦٦)، وينظر: الهداية بشرحها (٥/ ٢٧٨)، بدائع الصنائع (٢/ ٩٣٦)، فتح القدير، لابن الهمام (٥/ ٢٧٩)، المغني، لابن قدامة (٢/ ٧١٦)، كشاف القناع، للبهوتي (٣/ ٩٥)، =

فضل للموقوف عليهم، فليس لهم إجارته؛ [لأنه فيه][(١)] إبطال شرط الواقف، وهو البداية[(٢)] بالخراج والمؤن.

بيانه: وهو أن إجارة الموقوف عليه إنما تجوز على معنى إجارته لا اعتبار إجارته للوقف؛ لأنه ليس بمتولي الوقف، وإذا كان جواز إجارته على اعتبار ملكه لنفسه، كان الأجر له [ليس في][(٣)] خراج، ولا شيء، فهو معنى قولنا: إن فيه إبطال شرط الواقف، وإذا لم يشترط بداية الخراج، والمؤن يجب أن تجوز إجارته؛ لكون[(٤)] الخراج والمؤن عليه، وهو نظير ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في أرض الوقف: إذا كان الموقوف عليهم اثنين، أو ثلاثة، فتقاسموا، وأخذ كل واحد منهم أرضا يزرعها بنفسه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: إن كانت الأرض عشرية[(٥)] جازت مهايأتهم،

= المبدع، لابن مفلح (٣/٣٧٨)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (٢/ ١٧٤)، المنتقى، للباجي (٣/ ٢١٩)، الأحكام السلطانية، الماوردي، ص (١٣٧، ١٣٨) (١/ ١٤٦)، الأموال لأبي عبيد، ص (٩٨)، الأحكام السلطانية، للفراء، ص (١٤٨).

النوع الثالث: هي الأرض التي افتتحها المسلمون عنوة. واختلف الفقهاء في تقسيم الأرض التي افتتحت عنوة بين الفاتحين. فيرى بعضهم وجوب تقسيمها، ويرى آخرون وقفها، ويرى بعضهم تخيير الإمام بين هذين الأمرين.

(١) في أ: لأنه في.

(٢) في م: البداءة.

(٣) في م: فيه.

(٤) في م: يكون.

(٥) الأرض العشرية: هي التي أسلم عليها أهلها طوعًا وبقيت ملك أيمانهم، أو فتحت عنوة وقسمت بين الفاتحين ورأى الإمام تخميسها، أو: هي التي أحياها المسلمون بالماء والنبات فهذه الأرض أرض عشر، أو نصف عشر. وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، إلى جواز بيع الأرض العشرية من الذمي، إلا أن الحنابلة قالوا بالجواز مع الكراهة لإفضائه إلى إسقاط عشر الخارج منها. وذهب مالك، وأحمد في رواية، إلى منع المسلم من بيعها إلى الذمي؛ لأن بانتقالها إلى الذمي يسقط العشر فيتضرر الفقراء. وأما بالنسبة إلى الوظيفة المفروضة على أهل الذمة إذا تملكوا الأرض العشرية، فقد ذهب الشافعية، والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم، والثوري، وشريك، وأبو عبيد إلى أن الأرض لا تصير خراجية بمجرد انتقالها إلى الذمي، ولا يفرض عليها عشر، ولا خراج =

وإن كانت الأرض خراجية، لا يجوز، قال: لأن العشر صدقة، وما وقف عليهم كالصدقة عليهم، فصارت الجهة في جميع الغلة واحدة، فأشبه سكنى الدار إذا كان الموقوف عليهم نفر [فبدا لهم أن يقتسموا][١]، وأن يسكن كل واحد منهم ناحية، جاز على سبيل التهايؤ؛ إذ ليس[٢] سبيل العشر، أن يبدأ به كما يبدأ بالخراج والمؤن.

وأما في الأرض الخراجية، فإن عادة الواقفين وشروطهم[٣] بداية الخراج من الغلات، ونحن لو أجزنا التهايؤ [لما اختص][٤] كل واحد بما يخصه - ولما صار بالمنفعة مختصا كان كالمالك، فيكون الخراج في ذمته كالمالك، فيكون فيه تغيير شرط الواقف؛ لأن الواقف شرط أن يكون الخراج في الغلة.

قال: إذا استأجر أرضًا موقوفة، وبنى[٥] فيها حانوتا، وسكنها، فأراد غيره أن يزيد في الغلة، ويخرجه من الحانوت، ينظر: إن كان أجره مشاهرة، فإذا جاء رأس الشهر كان للقيم[٦] فسخ الإجارة؛ لأن الإجارة إذا كانت مشاهرة تنعقد[٧] في رأس كل شهر، فبعد ذلك ينظر: إن كان البناء لا يضر بالوقف فله رفعه إن شاء[٨]؛ لأنه ملكه، وإن كان رفع البناء يضر الوقف ليس له أن يرفعه؛ دفعا للضرر[٩] عن الوقف

= لفقد موجبهما.

ينظر: الخراج، لأبي يوسف، ص (٦٩)، الاختيار (١/ ١١٣)، فتح القدير (٥/ ٢٨٠)، الفتاوى الهندية (٢/ ٢٤٠)، الأحكام السلطانية، للماوردي، ص (١٢٦)، منتهى الإرادات (١/ ٣٩٥)، المغني، لابن قدامة (٢/ ٧٢٩).

(١) في م: فبدايتهم أنهم يقتسمون.
(٢) زاد في م: فيه يعتبر شرط إذ ليس.
(٣) في م: وشرطهم.
(٤) في م: أن يختص.
(٥) في م: وبقي.
(٦) في م: القيم.
(٧) في م: منعقدة.
(٨) في م: الله تعالى.
(٩) الضرر لغة: الضر ضد النفع، وضاره - بالتشديد - بمعنى ضره، والاسم الضرر، والضُر هو =

فبعد ذلك المسألة على وجهين: إن كان المستأجر يرضى أن [لا][(١)] يتملك القيم بناءه للوقف بقيمته مبنيا أو منزوعا أيهما كان أقل يملك القيم ذلك، وإن كان لا يرضى، لا يتملك؛ لأن تمليك ماله بغير رضاه لا يجوز فيبقى[(٢)] إلى أن يتخلص

= الهزال وسوء الحال، والمضرة خلاف المنفعة، وضره يضره ضرًّا، وضر به وضاره مضارة وضرارًا، والضرار: المضارة. والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، أما الضرر ابتداء الفعل، والضرار: الجزاء عليه، وقيل: الضرر: ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل: الضرر والضرار بمعنى واحد. وقال ابن الأثير: قوله: «لا ضرر»، أي: لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئًا من حقه، والضرار فعال من الضر، أي: لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، وقيل الضرر: ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار: أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل: هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد، كما يطلق الضرر عند علماء اللغة على كل نقص يدخل الأعيان. استعمل الفقهاء مصطلح الضرر في سياقات يتفق المراد فيها من الضرر مع معناه في اللغة، حيث يراد به خلاف النفع، وإلحاق الأذى بالغير بأي وجه كان من الوجوه. وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء أكانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها، أم عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر. وعرفه الدكتور مصطفى الزرقا بأنه: إلحاق مفسدة بالغير. وقيل: هو إلحاق مفسدة بالغير في ماله، أو نفسه، أو شرفه، أو اعتباره، أو مشاعره. وقيل: هو الأذى الذي يلحق بالشخص في المال، أو البدن، أو الشرف، أو السمعة. ومن هذا يتضح أن المحور الرئيس في بيان ماهية الضرر عند الفقهاء ينبني على انتقاص حق الإنسان أو نفسه، وهو ما يتماشى مع القاعدة التي تبناها علماء الأصول والفقهاء المعروفة عندهم بنظرية المصلحة والمفسدة.

ينظر: لسان العرب، مادة (ضرر) (٤/ ٢٥٧٢)، والمغرب في ترتيب المعرب، ص (٢٨٢)، وأساس البلاغة، للزمخشري، ص (٢٦٨)، ومختار الصحاح، ص (٤٠٣)، والمصباح المنير (٢/ ٣٦٠)، النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٨١)، الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف نشر معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص (٤٦)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، د. محمد أحمد سراج. نشر دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة، ط (١)، ١٩٩٠م، ص (١٥٥)، والتعويض الناشئ عن إتلاف المال، د. عبد الله مبروك النجار، القاهرة، ص (٢٥٠).

(١) سقط في م.

(٢) في م: فبقي.

ملكه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: وهذا إذا كان البناء من الباني بغير إذن المتولي، فأما إذا كان البناء بأمر المتولي كان البناء للوقف ويرجع الباني على المتولي بما أنفق، وسيأتي في فصل الدعاوى والخصومات: أن الغاصب إذا بنى في أرض الوقف، والرفع يضر بالوقف، فالغاصب يمنع عن رفع البناء، ويضمن القيم قيمة البناء له.

في فتاوى الفضلي: فقير يسكن وقف الفقراء بأجرة فترك له بحساب الفقراء ما وجب عليه من الأجر، يجوز؛ فالرواية محفوظة عن علمائنا - رحمهم الله -: أن من له حقا في بيت المال إذا ترك[١] عليه خراج أرضه لمكان[٢] حقه في بيت المال، جاز، كذا هاهنا.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: قيم[٣] وقف أجر دار الوقف فله أن يحال بالغلة على مديون المستأجر[٤] إذا كان مليا، وإن وجد[٥] كفيلا فذلك أولى؛ لأنه إذا وجد كفيلا كان المطالب بالأجر اثنين.

في آخر إجارات فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: المتولي إذا باع الأشجار [التي][٦] في أرض الوقف، ثم أجر منه الأرض، فإن باع الأشجار بعروقها دون الأرض يجوز إذا لم يكن الإجارة طويلة؛ لأن الأرض لا تكون مشغولة بملك الغير، فيصح التسليم، وإن باع الأشجار من وجه الأرض لا يجوز إجارة الأرض؛ لأن الأرض مشغولة بملك الغير وهو عروق الأشجار، فلا يصح التسليم، فإن كان قد

---

(١) في أ: نزل.
(٢) في م: لما كان.
(٣) في م: فيمن.
(٤) في أ: مستأجر.
(٥) في أ: أخذ.
(٦) سقط في م.

دفع الأشجار منه معاملة سنة أو سنتين أو ما أشبه ذلك، ثم أجر الأرض منه بأجر المثل، فعلى [قوله أي][١]: قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز إجارة الأرض؛ لأن عنده المعاملة غير جائزة [فتبقى الأرض مشغولة بحق الآجر فلا تجوز الإجارة، وعند أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد أيضا: المعاملة جائزة][٢] فجازت الإجازة، والاحتياط أن يبيع الأشجار بعروقها، ثم يؤاجر الأرض؛ لتكون مبقاة عليه، وإذا أراد أن يستأجر أجراء ليعملوا في أرض الوقف جاز؛ لأن فيه منفعة راجعة إلى الوقف.

قال: وإذا دفع أرض الوقف مزارعة يجوز إذا لم يكن فيه محاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيها؛ لأنه إذا كان البذر من قبل القيم فهو مستأجر العامل ليعمل في الوقف، وإن كان البذر من قبل العامل فقد [أجر][٣] الأرض منه ببعض الخارج، وكذلك لو دفع ما فيها من النخل معاملة يجوز.

وإن مات القيم قبل انقضاء[٤] مدة المزارعة، والمعاملة، لا تبطل المزارعة والمعاملة، وإن مات المزارع والمعامل، فإن المزارعة والمعاملة تبطلان، وإذا دفع القيم أرض الوقف مزارعة سنين معلومة، فهو جائز إذا كان أنفع وأصلح في حق الفقراء فقد جوزت[٥] المزارعة من غير التقدير[٦] بالثلث، وإنه الصحيح[٧]، فالمعنى الذي لأجله استحسن المشايخ ألا يجوز الإجارة الطويلة على الوقف، وهو ألا يؤدى [إلى][٨] إبطال الوقف حتى لا يتأتى في المزارعة يعرف بالتأمل إن شاء الله

(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) في م: القضاء.
(٥) في م: جوز.
(٦) في م: تقدير.
(٧) في م: صحيح.
(٨) سقط في م.

تعالى.

وإذا دفع أرض الوقف مزارعة، أو دفع نخيل الوقف معاملة ولا حظ فيه للوقف، لا يجوز على الوقف، ويصير غاصبا للأرض، فإن سلمت الأرض من النقصان فلا ضمان، وإن نقصت فالضمان واجب، إن شاء رجع على الدافع، وإن شاء على الآخذ، ولا شيء للموقوف عليهم من الخارج على الأرض، فأما الثمار [فهي للموقوف](١) عليهم؛ لأنها تخرج من النخيل، ولا شيء للمدفوع إليه من الثمار إنما حقه في أجر مثل عمله على الدافع في ماله خاصة، ولا يرجع به على [الآخذ](٢)، ذكره هلال - رحمه الله - في وقفه، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) في م: فهو للموقوف.
(٢) في م: أحد.

نوع آخر في الاستدانة على الوقف:

قال هلال في وقفه: إذا احتاجت الصدقة [إلى العمارة][(١)]، وليس في يد القيم ما يعمرها، فليس له أن يستدين عليها؛ لأن الدين لا يجب ابتداء إلا في الذمة، وليس للواقف[(٢)] ذمة، والفقراء وإن كانت لهم ذمة إلا أن لكثرتهم لا يتصور مطالبتهم، فلا يثبت الدين باستدانة القيم إلا عليه، [والدين الذي][(٣)] يجب عليه لا يملك قضاءه من غلة هي للفقراء.

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: أن القياس هذا، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو أن يكون في أرض الوقف زرع يأكله الجراد، ويحتاج القيم إلى النفقة لجمع الزرع، أو طالبه السلطان بالخراج جاز له الاستدانة؛ لأن القياس يترك بالضرورة.

قال: والأحوط في هذه [الصورة أن يستدين][(٤)] بأمر الحاكم؛ لأن ولاية الحاكم أعم في مصالح المسلمين من ولايته إلا أن يكون بعيدا عن الحاكم، ولا يمكنه الحضور، فلا بأس بأن يستدين بنفسه، وهذا إذا لم يكن في تلك السنة غلة، فأما إذا كانت ففرق القيم الغلة على المساكين، ولم يمسك للخراج شيئا فإنه يضمن حصة الخراج؛ لأن قدر[(٥)] الخراج، وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمؤنة مستثنى عن حق الفقراء، فإذا دفع إليهم ذلك ضمن.

وهذا الذي روي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - مشكل؛ لأنه جمع بين أكل الجراد للزرع[(٦)]، وبين الخراج، وتتصور الاستدانة في أكل الجراد للزرع[(٧)]؛ لأن

(١) في م: للعمارة.
(٢) في م: للموقوف.
(٣) في م: ودين.
(٤) في م: الضرورة أن يكون.
(٥) في م: بقدر.
(٦) في م: الزرع.
(٧) في م: الزرع.

الزرع مال الفقراء[١]، وهذا الدين إنما يستدان لحاجتهم، فأمكن إيجاب الدين في مالهم.

وأما في باب الخراج، فلا يتصور؛ لأنه إن كان في الأرض غلة فلا ضرورة إلى الاستدانة؛ لأن الغلة تباع، ويؤدى منها[٢] الخراج، وإن لم يكن في الأرض غلة فليس هنا إلا رقبة الوقف، [ورقبة الوقف][٣] ليست للفقراء، ولا يستقيم إيجاب دين يحتاج إليه الفقراء في مال ليس لهم، فهذا[٤] الفصل مشكل من هذا الوجه إلا أن يكون تصوير المسألة فيما إذا كان في الأرض غلة، [وكان بيعها][٥] متعذرا في الحال، وقد طولب بالخراج.

قالوا: ليس قيم الوقف في الاستدانة على الوقف كالوصي في الاستدانة على اليتيم؛ لأن اليتيم له ذمة صحيحة، وهو معلوم فتتصور مطالبته؛ ألا ترى أن للوصي[٦] أن يشتري لليتيم شيئا بنسيئة[٧] من غير ضرورة.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: قيم الوقف طلب منه [الجبايات][٨] والخراج، وليس في يده من مال الوقف شيء، أو أراد أن يستدين، فهذا على وجهين: إن أمر الواقف بالاستدانة فله ذلك، وإن لم يأمره بالاستدانة فقد اختلف المشايخ فيه.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره

---

(١) في م: للفقراء.
(٢) في م: منه.
(٣) في م: والرقبة.
(٤) في م: في هذا.
(٥) في م: كان بيعه.
(٦) في م: للقاضي.
(٧) في م: نسيئة.
(٨) في م: الحسابات.

بالاستدانة، ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي هذه الولاية.

وفي واقعات الناطفي: المتولي إذا أراد أن يستدين على الوقف؛ ليجعل ذلك في ثمن البذر إن أراد ذلك[١] بأمر القاضي فله ذلك بلا خلاف؛ لأن القاضي يملك الاستدانة على الموقوف[٢]، فيملك المتولي ذلك أيضا بإذن [من][٣] القاضي، وإن أراد ذلك بغير أمر القاضي ففيه روايتان.

❊ ❊ ❊

(١) في م: بذلك.
(٢) في م: الوقف.
(٣) سقط في م.

نوع آخر في بيع شيء من الوقف لحاجة الوقف:

[قال][(١)]: وما يسقط من البناء فللقيم أن يبيعه؛ لأن الوقفية زالت عما بناه[(٢)] وصار منقولا، وهذا إذا لم تمكن إعادته، فإذا أمكن أعيد إلى موضعه؛ لأنه من رقبة الوقف، فيعاد إليه ما أمكن، فإذا لم يمكنه[(٣)] إعادته بيع، وصرف الثمن إلى موضعه[(٤)]؛ لأن الثمن بدل ما يسقط، وكذلك ما تناثر من البناء من تراب فللقيم بيعه وصرف ثمنه إلى المرمة، ولا يصرف شيء من ثمن ما يسقط إلى الفقراء؛ لأنه بدل النقض، والنقض من [جملة][(٥)] تربة الوقف، ولا حق للفقراء في تربته، وإنما الحق لهم في غلته، فلا يصرف شيء من ذلك إلى الفقراء، وإنما يصرف إلى المرمة، وما فضل من ذلك عن المرمة يمسكه[(٦)] القيم إلى وقت الحاجة إلى المرمة، وإذا خربت أرض الوقف، وأراد القيم أن يبيع [بعضا منها][(٧)] ليرم الباقي بثمن ما باع[(٨)]، ليس له ذلك؛ لأنا لو أطلقنا له ذلك يؤدي إلى أن يبطل الوقف كله، فإنه كلما خرب منه شيء باع بعض الباقي، وعمر الباقي لا يبقى الوقف، وليس بيع بعض الوقف كبيع[(٩)] نقضه، وكبيع نخلة في أرض الوقف قد سقطت[(١٠)]؛ لأن التربة أصل في الوقف، فلا يجوز إبطال أحد الأصلين لأجل الأصل[(١١)] الآخر، فأما البناء، والنخل فتبع[(١٢)]

---

(١) سقط في م.
(٢) في م: بان.
(٣) في م: يمكن.
(٤) في م: مرمته.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: يشيله.
(٧) في م: بعضها من بعض.
(٨) في م: يباع.
(٩) في م: كبعض.
(١٠) في م: سقط.
(١١) في م: أصل.
(١٢) في م: فبيع.

بسبب الاتصال، فإذا سقط سقوطا لا يمكن إعادته إليه صار منقولا، وزالت الوقفية عن عينه، وأحلنا الوقفية إلى[١] بدله، فإن باع القيم شيئا من البناء لم ينهدم؛ ليهدم، أو نخلة حية لتقطع، فالبيع باطل؛ لأنه ما دام متصلا بالأرض فالوقفية [ثابتة][٢] له بحكم الاتصال، وإن هدم المشتري البناء، أو صرم النخل فينبغي للقاضي أن يخرج القيم عن هذا الوقف؛ لأنه صار خائنا، ولا ينبغي للقاضي أن يأمن[٣] الخائن بل سبيله أن يعزله، ثم القاضي إن شاء ضمن قيمة ذلك للبائع، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما متعد في استهلاك [ما استهلكه][٤] فيضمن كل واحد منهما، فإن ضمن البائع نفذ بيعه، [وإن ضمن المشتري بطل بيعه][٥]، وهذا[٦] عرف في كتاب الغصب.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: أرض وقف خاف عليها[٧] القيم من سلطان، أو وراث أن يغلب عليها، يبيعها، ويتصدق بثمنها، وكذلك كل قيم إذا خاف شيئا من ذلك فله أن يبيع، ويتصدق بالثمن.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والفتوى على أنه لا يبيع؛ لأن الوقف لما صحت شرائطه لا يحتمل البيع.

في فتاوى أهل سمرقند: شجرة وقف في دار وقف خربت الدار، ليس للمتولي أن يبيع الشجرة ويعمر الدار، ولكن يكري الدار ويعمرها، ويستعين بالأجر على عمارة الدار لا بالشجرة؛ لأنه إذا باع الشجرة لا يبقى، وإذا أجر الدار تبقى كلها.

في فتاوى الفضلي: الأشجار الموقوفة إن كانت مثمرة لم يجز بيعها إلا بعد

---

(١) زاد في أ: بدل.
(٢) سقط في م.
(٣) في م: يأتمن.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) زاد في م: لما.
(٧) في م: عليه.

القطع؛ لأنها بمنزلة البناء الموقوف، وبيع البناء الموقوف لا يجوز قبل الهدم، ويجوز بعد الهدم، وكذا باب الوقف لا يجوز بيعه إلا بعد الرفع، كذا هذا، وإن كانت الأشجار [غير][(١)] مثمرة جاز بيعها قبل القلع؛ لأنها بمنزلة الغلة، وقد مرت مسألة قبل هذا من غير تفصيل.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: قرية وقف على أرباب مسمين في يدي متول، باع المتولي ورق أشجار التوت جاز؛ لأنها بمنزلة الغلة، فلو أراد المشتري قطع قوائم الشجر يمنع؛ لأنها ليست بمبيعة، ولو امتنع المتولي من منع المشتري [عن قطع القوائم][(٢)] كان ذلك خيانة[(٣)] منه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: متولي الوقف إذا اشترى بغلة الوقف ثوبا، ودفعه إلى المساكين لا يجوز، ولكن يعطي الدراهم؛ لأن الشراء، وقع للقيم، وبقي حق المساكين في الدراهم.

سئل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى ؟ قال: نعم، وإن لم يتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها؟ قال: لا.

ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل، أو لم يتعطل، وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف، وهكذا حكي فتوى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله-.

وقد روينا عن محمد في فصل العمارة: أنه إذا ضعفت الأراضي الموقوفة عن الاستغلال، والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا أن يبيع هذه الأرض ويشتري بثمنها أكثر ريعا.

وفي المنتفي: قال هشام - رحمه الله - سمعت محمدا يقول[(٤)]: الوقف إذا صار

---

(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.
(٣) في م: جناية.
(٤) في م: بقوله في.

بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه، ويشتري بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضي.

وذكر محمد في السير الكبير مسألة تدل على عدم جواز الاستبدال بالوقف، وصورتها: الكفار إذا استولوا على بلدة من بلاد المسلمين، ثم ظهر عليها المسلمون، وقسموها فيما بينهم، فأصاب رجل من الغانمين أرضا فجعلها صدقة موقوفة للمساكين(١)، ودفعها إلى قيم يقوم عليها، ثم حضر المالك القديم، فليس له أن يأخذها.

قالوا: وهذا؛ [لأنه زال](٢) عن ملك الواقف، وصار(٣) بحال لا يقبل النقل من(٤) ملك إلى ملك، فلا يكون للمالك القديم حق الأخذ.

أما على قول أبي حنيفة: الوقف باطل حتى كان للواقف أن يبيع الوقف حال حياته، فإذا مات يصير ميراثا عنه فكان للمالك القديم حق الأخذ إلا في المسجد خاصة، فإن اتخاذ المسجد [عنده](٥) صحيح، ويزول عن ملكية متخذه فلا يكون للمالك القديم حق الأخذ فيه.

وعن الحسن البصري - رحمه الله -: أنه كان لا يرى باستبدال الحبيس(٦) بأسا إذا مرض(٧).

---

(١) في م: على المساكين.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما الوقف صحيح فيخرج الموقوف بالوقف.

(٣) في م: ويصير.

(٤) في م: عن.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الجنس.

(٧) إذا أصبح الوقف بحالة لا ينتفع به بالكلية، بألا يحصل منه شيء أصلا، أو لا يفي بمئونته، كأوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها. في هذه الصورة جوز جمهور الحنفية الاستبدال على الأصح عندهم إذا كان بإذن القاضي ورأيه لمصلحة فيه. وأما المالكية فقد أجاز جمهورهم استبدال الوقف المنقول فقط إذا دعت إلى ذلك مصلحة، وهي الرواية =

فهذا إشارة إلى أن استبدال الحبيس[١] بغير علة مكروه، وهذا إنما يتأتى على قولهما؛ لأن الحبس[٢] لازم عندهما.

= المشهورة عن مالك. قال الخرشي: إن الموقوف إذا لم يكن عقارا - إذا صار لا ينتفع به في الوجه الذي وقف فيه كالثوب يخلق، والفرس يمرض، وما أشبه ذلك - فإنه يباع ويشترى مثله مما ينتفع به. وأما العقار فقد منع المالكية استبداله مع شيء من التفصيل. ففي المساجد: أجمع المالكية على عدم جواز بيعها. وفي الدور والحوانيت إذا كانت قائمة المنفعة لا يجوز بيعها، واستثنوا توسيع المسجد أو المقبرة أو الطريق العام فأجازوا بيعه، لأن هذا من المصالح العامة للأمة، وإذا لم تبع الأحباس لأجلها تعطلت، وأصاب الناس ضيق، ومن الواجب التيسير على الناس في عبادتهم وسيرهم ودفن موتاهم. وأما الشافعية فقد شددوا كثيرا في استبدال العين الموقوفة، حتى أوشكوا أن يمنعوه مطلقا خشية ضياع الوقف أو التفريط فيه. قال النووي: والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت، وجذوعه إذا انكسرت، ولم تصلح إلا للإحراق. ولو انهدم مسجد وتعذر إعادته لم يبع بحال، وتصرف غلة وقفه إلى أقرب المساجد إليه. ثم إن المسجد المنهدم لا ينقض إلا إذا خيف على نقضه، فينقض ويحفظ أو يعمر به مسجد آخر إن رآه الحاكم، والأقرب إليه أولى، ولا يصرف نقضه لنحو بئر وقنطرة ورباط. واستدلوا بقوله ﷺ: «لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث». [أخرجه البخاري (٥/ ٣٩٢)، ومسلم (٣/ ١٢٥٥)]. وأما الحنابلة: فلم يفرقوا بين عقار ومنقول في جواز الاستبدال وعدمه، وأخذوا حكم العقار من حكم المنقول، فكما أن الفرس الحبيسة على الغزو إذا كبرت ولم تصلح للغزو، وصلحت لشيء آخر يجوز بيعها، فكذلك يقاس المنقول الآخر وغير المنقول عليها. فبيع المسجد للحنابلة لهم فيه روايتان: الرواية الأولى: يجوز بيع المسجد إذا صار المسجد غير صالح للغاية المقصودة منه، كأن ضاق المسجد، أو خربت الناحية، وحينئذ يصرف ثمنه في إنشاء مسجد آخر يحتاج إليه في مكان آخر. قال ابن قدامة: إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت مواتا ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه، ولم تمكن عمارته، ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه. والرواية الثانية: لا يجوز بيع المساجد. روى علي بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها. وقد رجح ابن قدامة الرواية الأولى.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٣٥)، والبحر الرائق (٥/ ٢٣٩، ٢٤٠)، والخرشي (٧/ ٩٤ - ٩٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير على الشرح الكبير (٤/ ٩٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٢)، وحاشية الجمل (٣/ ٥٩٠)، والمغني مع الشرح (٦/ ٢٢٥)، وما بعدها.

(١) في م: الجنس.

(٢) في م: الجنس.

وأما استبداله بعلة، فإن كانت العلة بحيث يتوهم زوالها نحو المرض، فكذلك الجواب: يكره الاستبدال عندهما، وإن كانت علة[1] لا يتوهم زوالها أو أكثر وصار بحال لا يستطاع القتال عليه، فلا بأس بأن يبيع ويشتري بثمنه مكانه حبيسا[2] آخر إن قدروا عليه، وإن لم يقدروا عليه يغزى بذلك الثمن عن صاحبه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: لا بأس باستبدال الوقف؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه وقف على ولديه الحسن والحسين - رضي الله عنهما - فلما خرج إلى صفين قال: إن نأت [بهم][3] الدار بيعوه واقسموا ثمنه بينهم، ولم يكن شرط البيع في أصل الوقف، ثم أمر بالبيع، ومعنى قوله: إن نأت بهم الدار: إن بعدوا عن منازلهم ومساكنهم بسبب من الأسباب، [والله أعلم][4].

❊ ❊ ❊

(١) في م: غلته.
(٢) في م: جنس.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل:

ما ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه، قال: قلت في رجل وقف وقفا صحيحا، وجعل ولايته[١] إلى رجل، وجعل إليه القيام بأمره[٢] في حياته، وبعد وفاته، وجعل لهذا الرجل من غلة هذا الوقف في كل سنة مالا معلوما لقيامه بأمر هذا الوقف فما الذي يجب على هذا الرجل؟ قال: ليس [في ذلك][٣] شيء محدود، وإنما ذلك على ما يتعارفه الناس من القيام بعمارة الضيعة، واستغلال ذلك، وبيع غلاته، وتفريق ما يجتمع من غلاته في الوجوه التي سبلها.

[وقلت][٤]: أرأيت إن لم يباشر الرجل هذا بنفسه، قال: إنما يكلف من هذا ما يجوز أن يفعله مثله، ولا ينبغي أن يقتصر[٥] في ذلك [عليه][٦]؛ ألا ترى أنه لو جعل ذلك على امرأة كان عليها ما تعمله الوكلاء[٧]، وإن حدث بهذا القيم علة مثل: خرس، أو عمى، أو ذهاب عقل، أو الفالج هل يكون هذا الأجر قائما له؟ قال: إذا حل[٨] عليه من ذلك شيء يمكنه مع ذلك الكلام والأمر، والنهي، والأخذ، والإعطاء، فالأجر [له][٩] قائم، فإن تعطل عن الحفظ والتدبير، قطع عنه الأجر.

قلت: فما تقول إن طعن عليه في الأمانة فرأى الحاكم أن يدخل معه غيره في الوقف، أو رأى الحاكم إخراج الوقف من يده، ويصيره إلى غيره؟ قال: أما إخراجه عن يد هذا الرجل، فليس ينبغي أن يكون ذلك إلا بخيانة[١٠] ظاهرة، وإذا صح

(١) في م: ولايتها.
(٢) في م: بأمرها.
(٣) في م: لذلك.
(٤) سقط في م.
(٥) في م: يقصر.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: الولاء.
(٨) في م: دخل.
(٩) سقط في م.
(١٠) في م: لحياة.

ذلك، واستحق إخراج الوقف من يده قطع عنه ما أجرى له الواقف، وإن رأى أن يدخل معه آخر، ويكون له بعض هذا المال فلا بأس بذلك، وإن كان هذا المال الذي سمى[(١)] له قليلا ضيقا[(٢)]، فرأى الحاكم أن يجعل للرجل الذي أدخله رزقا من غلة الوقف، فلا بأس بذلك، فإن كان الواقف جعل له للقيام[(٣)] بأمر هذا الوقف مالا معلوما في كل سنة، وكان المال الذي سماه الواقف لهذا الرجل [القيم في كل سنة][(٤)] أكثر من أجر مثله فهو جائز، ولا ينظر في هذا إلى أجر مثله، وإن كان الواقف جعل لهذا الرجل القيم في كل سنة مالا، وجعل له أن يوكل بالقيام بأمر هذا الوقف في حياته، وجعل لمن يوكله من هذا المال في كل سنة ما رأى، قال: هذا جائز، فإن وكل فيه وكيلا جعل له من ذلك المال شيئا [قليلا][(٥)] فله إخراج الوكيل، والاستبدال به.

فإن وكل القيم وكيلا في حياته، وجعل وصيه في ذلك بعد وفاته، وجعل له جميع المال الذي جعل له، أو بعضه، ثم إن القيم الذي كان جعله الواقف جن جنونا مطبقا، أو ذهب عقله من داء، أو غيره، قال: تبطل الوكالة التي كان[(٦)] جعلها إليه، ويبطل المال، وكذلك وصيته تبطل إلى من أوصى إليه، ويبطل المال، ويرجع ذلك إلى غلة الوقف، فإن جعل للقيم[(٧)] في كل سنة مالا، ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره قال: ليس لهذا القيم أن يوصي بهذا المال، ولا بشيء منه إلى غيره، وله أن يوصي[(٨)] بالقيام بأمر هذا الوقف، وإن زال عقله سنة، وعجز عن

(١) في م: يبقى.
(٢) في م: صنفا.
(٣) في م: القيام.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) في م: الذي.
(٧) في م: القيم.
(٨) في م: يرضى.

القيام به، ثم رجع إليه عقله، وصح، يعود إلى ما كان من القيام بأمر هذا الوقف، وإن صح عند الحاكم [أن هذا القيم لا يصلح للقيام بأمر هذا الوقف فأخرجه][١] من القيام بأمر هذا الوقف من غير أن يصح[٢] عنده شيء استحق به إخراجه عن ذلك، لا يقبل قوله، ولا دعواه، ولكن يقول له: صح[٣] عندي أنك موضع للقيام[٤] بأمر هذا الوقف حتى [أردك للقيام به][٥]، فإن صح عند هذا الحاكم أنه موضع لذلك رده، وأجرى [ذلك المال][٦] له من غلة هذا الوقف، [ولو][٧] أن القاضي أخرج هذا القيم بوجه من الوجوه فأقام غيره مقامه، فينبغي للقاضي أن يجري [له][٨] شيئا بالمعروف، ويرد الباقي إلى غلة الوقف، فإن كان الواقف أراد أن يكون هذا المال جاريا لهذا القيم أبدا، ولا يقول لقيامه بأمر الوقف، يكون[٩] ذلك له.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل وقف على مواليه وقفا صحيحا ومات الواقف فجعل القاضي الوقف في يد قيم، وجعل له عشر غلاته، وفي الوقف طاحونة في يدي[١٠] رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها[١١] إلى القيم، وأصحاب الطاحونة يقبضون غلتها، لا يجب للقيم عشر غلة الطاحونة؛ لأن القيم بمنزلة الأجير، والأجير يستحق الأجر بإزاء العمل ولا عمل له في الطاحونة.

في مجموع النوازل: متولي وقف بتقليد القاضي امتنع عن العمل في ذلك بنفسه،

---

(١) في م: الذي كان قبلك إنما أخرجني.
(٢) في م: صح.
(٣) في م: صحح.
(٤) في م: القيام.
(٥) في م: أدرك القيام بذلك.
(٦) في م: من ذلك.
(٧) سقط في م.
(٨) سقط في م.
(٩) في م: فيكون.
(١٠) في م: يد.
(١١) في م: بها.

ولم يرفع الأمر إلى القاضي؛ ليعزله ويقيم غيره مقامه حتى[(١)] يخرج عن كونه متوليا هل يأثم؟

قال نجم الدين [النسفي - رحمه الله -:][(٢)] لا، فإن [امتنع عن تقاضيها على][(٣)] المنقلبين زمانا ولم يقبضه، هل يأثم بذلك؟ قال نجم الدين: لا، فإن هرب بعض المنقلبين بعد ما اجتمع عليه مال كثير من حيث القبالة هل يضمن المتولي؟ قال نجم الدين: لا، [والله أعلم][(٤)].

* * *

(١) في م: هل.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ: هروب بعض.
(٤) سقط في م.

فهرس المحتويات

كتاب الغصب

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الشركة

كتاب الصيود

كتاب الذبائح

كتاب الأضحية

كتاب الوقف

* * *

AḌ-ḌAḤĪRA AL-BURHĀNIYYA

BY
AL-IMAM BURHAN ADDIN MAHMOUD
BEN AHMAD IBN MAZA
AL-MARGHINANI AL-BUKHARY
(D. 616 H.)

EDITED BY
DR. ABU AHMAD AL-ADILY - IBRAHIM MOHAMMED SALIM
OSAMA KAMAL OBAYD - ARABI IBRAHIM ABDULLAH
FAHIM AL-SAYED FAHIM AL-TAHYAWI - SABER YUSUF TOAYMA

